DİYANET İŞLERİ REİSLİĞİ YAYINLARI - Sayı : 43

İSLÂM HUKUKU
Nazariyatı Hakkında
Bir Etüd

İKİNCİ CİLT

Yazan

SAVA PAŞA

Osmanlı İmparatorluğunda sabık Valii
Umumi ve Hariciye ve Nafia Nazırı, bir
çok ilim cemiyetlerinde fahri ve
muhabir âza

1892 tarihli Fransızca aslından Türkçeye Çeviren

BAHA ARIKAN

Temyiz Mahkemesi Üçüncü Ceza Dairesi Reisi

Yeni Matbaa — Ankara
1 9 5 5

İÇİNDEKİLER

	Sahife
İkinci cilde başlarken	1
İkinci cildin önsözü	8
İslâm Hukuku Nazariyatı (Usûlü Fıkıh)	13
İçtihad (Effort législatif)	13
İçtihadın iki nevi	16
Hukukşinasların (Fakîh) tasnifi	17
Birinci tasnif (İçtihadın ilk devresi)	18
İçtihadın ikinci devresi (Hanefî Mezhebi)	23
İçtihadın üçüncü devresi	26
İkinci tasnif	29
Fetva (Avis doctrinal)	33
Mukaddime	43
Teşri usulü (Usulü Fıkıh) nün tarifi	43
Teşri usulü (Usulü Fıkıh) nün mevzuu	45
Teşri usulünün (Usulü Fıkıh) cevheri, özü	46
Teşri usulünün (Usulü Fıkıh) gaye ve faidesi	46
Şer'î deliller (Edillei Şer'iye) (Des Preuves Légales)	47
Umumî malûmat	47
Deliller ve asıllar (Des Preuves et des assises)	47
Aslî dört menba	50
İslâm Hukukî Mevzuatında mülhak deliller (Des preuves déduites, dé pendante) (Edillei Mülhaka)	54

BİRİNCİ KİTAP

(Maksadü'l-Evvel)	**71**

Sahife

BİRİNCİ FASIL

(Rükni Evvel) 71
BİRİNCİ KISIM (Kur'an) (Mebahisi Hassa) 71
BİRİNCİ BAHİS
Kur'an'ın farik vasıfları 72

İKİNCİ BAHİS
Kur'ân'ı teşkil eden elfaz, kelime ve cümlelere ait fukahanın noktai nazarları 73

ÜÇÜNCÜ BAHİS
Kur'ânın tarifi 74

DÖRDÜNCÜ BAHİS
Besmeleye dair 76
Kur'ân muhteviyatı hakkında tamamlayıcı malûmat 76
Kur'ân'ın tefsir ve okunuşu (kıraeti) (Commentaire) 77
Kur'ân'ı okuma (kıraat) ilmi 78

İKİNCİ KISIM
Müşterek bahisler (Mebahisi Müştereke) 81
Elfazı teşkil eden kelimelerin mana (vazı') ları 82
Elfazın taksimatı 85

İKİNCİ KISIM
BİRİNCİ BAHİS 86
A SINIFI
BİRİNCİ NEVİ: Has olan lâfızlar (Termes spéciaux) 87

A SINIFI
İKİNCİ NEVİ: Âm olan lâfızlar (Elfazü'l-âm) (Termes Génèriques) 91
Birinci guruba dahil âm lâfızların çeşitleri 92
İkinci guruba dahil âm lâfızlar 95
Nehyi mutazammın gayri muayyen kelimeler (Nekrei menfiye) (Mots indeterminés prohibitif) 96
Umumî bir sıfatla mevsuf gayri muayyenler 97
İmtinanı gösteren tadadı gayri muayyenler 98

Sahife

Cümle içerisindeki vazı'ları itibariyle gayri muayyen âm manası veren lâfızlar 98
Âm lâfızların manasını tahsise ait usul ve kaidelerle, manaları tahsis edilmiş bulunan lâfızların hukukî netayici ... 103

A SINIFI

ÜÇÜNCÜ NEVİ

Müşterek lâfızlar - Elfazü'l-müştereke (Les termes communs) 110

A SINIFI
DÖRDÜNCÜ NEVİ

Münker lâfızlar - Elfazü'l-Münkere (Les termes indeterminés) 112

B SINIFI
BİRİNCİ NEVİ

Medlûlleri aşikâr olanlardan: nass (Les termes péremptoires) 115

B SINIFI
İKİNCİ NEVİ
Zahir (Les termes évidents) 116

B SINIFI
ÜÇÜNCÜ NEVİ
Muhkem (Les termes fortifiés) 116

B SINIFI
DÖRDÜNCÜ NEVİ

Müfesser (Les termes annotés) 117
B Sınıfının medlûlleri itibariyle hafî olanlardan :
Hafî (Termes latents) 117
Müşkül (Les termes difficiles à comprendre) 118
Mücmel (Les termes sommaires) 119
Müteşabih (Les termes ressemblants) 120

Sahife

C SINIFI
BİRİNCİ NEVİ
Hakikat (Les termes vrais) 121

C SINIFI
İKİNCİ NEVİ
Mecaz (Les termes s'appliquant par une extention logique de leur sens) 121

C SINIFI
ÜÇÜNCÜ NEVİ
Kinaye (Les termes exprimant allusion) 122

C SINIFI
DÖRDÜNCÜ NEVİ
Sarih (Les termes claires) 123
D SINIFI 124

İKİNCİ KISIM (Mebahisi müştereke)
İKİNCİ BAHİS
Mutlak ve mukayyet 127
Mutlak lâfızlar 128
Mukayyet lâfızlar 128

İKİNCİ KISIM
İKİNCİ BAHİS
Emir ve nehiy (Ordre et interdiction) 132
Mutlak emir 133
Mukayyet emir 135
Nehiy (İnterdiction) 139

İKİNCİ KISIM
(Mebahisi müştereke)
DÖRDÜNCÜ BAHİS
Edatlar. (Huruf) (Des particules) 140
Atıf edatları (Hurufu atıf) (Des particules attributives ... 140
Cer edatları (Hurufu cer) (Particules créant relation

Sahif
du génitif) 144
Şart edatları (Hurufu şart) (Particules conditionnelles) ... 146
İktiza edatları (Hurufu İktiza) (Particules de necessité) ... 148

İKİNCİ KISIM (Mebahisi müştereke)
BEŞİNCİ BAHİS

Beyan (De la déclaration explicative) 149
Beyanın hükmü 153
Birinci fasla ek :
Şer'î deliller ve asıllar 154
Şer'î deliller (Des preuves légals) 154
A: Şer'î deliller 155
1 — Lâfzî deliller 155
2 — Manevî deliller (asıl) 156
Adlî deliller (Preuves judiciaires) 159

İKİNCİ FASIL

Sünnet (De la conduite du prophète) 163
"Mukaddime" 163

BİRİNCİ BAHİS

Vahiy (De l'inspiration divine) 163

İKİNCİ BAHİS

Müsned haberler (Des avertissements aboutissants) 166
ÜÇÜNCÜ BAHİS 170
DÖRDÜNCÜ BAHİS 172

BEŞİNCİ BAHİS

Mefsul Hadîsler (Ahadîsi mefsule) (Des avertissements à transmission interrompue) 176
Hâtime
Peygamberin ef'ali ve tasvip ifade eden sükûtu (Takrir)
A
Peygamberin ef'ali (Ef'ali Resul) 176

Sahife

Peygamberin tasvip ifade eden sükûtları (Takrir) 177
Zeyl 178
Hazreti Peygamberin ashabından sadır olan ef'al ve harekâtın (Mezhebi Ashab) haiz oldukları kıymeti hukukiye 179

ÜÇÜNCÜ FASIL

İcmaı Ümmet (De l'accord unanim des jurisconsultes) 183
İcmaın intikal ettirme yolları "Tariki icma" 190

DÖRDÜNCÜ FASIL

Kıyası Fukaha (De l'analogie légale établie par les jurisconsultes musulmans) 192
A: Ana meseleler
Mesaili ümmühatiyye 193
B: İlk üç İslâm neslini müteakip hudus eden mesail (Mesaili vakıa) 195
Bütün bu devirlerden sonra zuhur eden mesail (Mesaili nevaziliyye) 196
Kıyasın anasırı (Des éléments de l'analogie) 199
Kıyasın vecihleri (Des modalités de l'analogie) 199
Kıyasın levazımatı 205
Kıyası Fukahaya mani olan sebebler 210
Kıyasın rükünleri (Erkânı Kıyas) 212
Kıyasın illeti 213
Kıyasın neticeleri 216
Kıyasın hüccetleri 217
Kıyas ameliyesini meneden manialar (Def'i Kıyas) 219

İKİNCİ KİTAP

Maksadü's-Sânî 223

BİRİNCİ FASIL

Şer'î hükümler (Ahkâmı şer'iye)
Umumî malûmat 225

Sahife

Şari'in hitabını muhtevi hükümler (Ahkâmı teklifiye) 237
Teklif ve ef'ali insaniyede cevaz (De l'invitation divine et de la raisonnablité des actions humains) 238
Allahın insanlara vaki evamiri (Teklif) ile bunların hukukî neticeleri 241
Şari'ın iltizamı (alâkası) ve hukukî neticeleri 242
Şari'in iltizam ettiği hususların intikal ettirilmesi usulleri ve netayici 243
Ef'ali insaniyeye mahsus ahkâmı şer'iye hakkında mütemmim tafsilât 248
Ruhsat (De l'indulgence légale) 249
Azimet (De la rigueur légale) 251
Esası teşkil eden şer'î hükümler 252
Farz (De l'obligation inéluctable) 252
Farzın envaı 254
Vacip (Du devoir impérieux) 255
Sünneti Peygamberî dolayısiyle vücut bulan vecibeler ile bu vecaibe terettüp eden ahkâm 256
Nedb vasfı ile hükümlendirilen fiiller (Embellies) 257
Mübah olan fiiller (Permises) 258
Haram 259
Kerahet (De la répugnance) 260
Vaz'î hükümler 261
Vaz'î hükümlerin rükünleri 265
Şart (De la condition) 287
Alâmet (Du signe avertissant) 289

İKİNCİ FASIL

Hakim (Le juge) 299

ÜÇÜNCÜ FASIL

İnsanın icra eylediği fiiller (Ef'ali insan) 302
Şer'î lâfızlara göre şer'î ahvâl 305
Fiil ile niyet (De la determination et de l'action) 307
Şeriatın muhtelif şer'î ahvali tavsif ettiği ahkâm 309

DÖRDÜNCÜ FASIL

	Sahife
İnsan	310
Zimmet	310
İnsanın yaşlara göre mesuliyet derecesi	311
İnsanın vecibeleri	314
Salâhiyet (De l'aptitude humain)	315
Ehliyet (De la capacité)	315
Kudret (De la puissance)	317
Şer'i vecibe	
Zimmet (De l'obligation)	318
Ehliyeti tenkis ve mesuliyeti tahfif eden haller	319
1 — Cinnet (Aliénation mentale)	321
2 — Sağırlık (Samem) (la surdité)	322
3 — Hafıza za'fı (Za'fü'l-hafıza) (Faiblaisse de mémoire)	323
4 — Uyku (Nevm) (Le sommeil)	324
5 — Sar'a (Epilepsie)	324
6 — Hastalık (Maraz) (Maladie)	325
7 — Hata (Erreur)	330
1 — Cehalet (İgnorance)	332
2 — Sarhoşluk (Sekr) (L'ivresse)	334
3 — Hafiflik (Hezl) (Légèrete)	335
4 — Sefahet, İsraf (Prodigalité, dissipation)	338
5 — Seyahat, (Sefer) (Le voyage)	338
1 — Kölelik (Rikkıyet) (Esclavage)	339
İkrah (La contrainte)	342
1 — Küçüklük (Siğariyet) (La minorité)	347
2 — Ateh yaşı (Extrême vieillesse)	349
Kadınların Aybaşı (Hayız) (Le flux menstruel)	350
Ölüm (Mevt) (La mort)	351
Kitabı bitirirken	354

İKİNCİ CİLDE BAŞLARKEN

Eserin birinci cildi tahmin ettiğimizden daha müsait bir şekilde karşılandı; bunun için, İslâm Hukuku Nazariyatı gibi mühim bir tetkik eserine alâkalarını esirgemeyen okuyucularımıza olduğu kadar, matbuata da teşekkür etmek lüzumunu hissediyoruz. Bu meyanda lehte sayılmayacak iki makale de bizim için faideli olmuş ve bizi, İslâm Hukukunun esaslı kısımlarına ait geniş izahat vermeye mecbur etmiştir. Bu sebeple, bu iki makalenin muharrirlerine de teşekkür etmek mecburiyetini duymaktayız.

Bu mesainin tamamiyle hukukî olan mahiyetinin bizi; hakikî ilme yabancı sebepler karıştırmış olmayı istihdaf eden imalardan koruyacağını ümit etmekteyiz.

Şimdiye kadar İslâm Hukuku Nazariyatının, garp âleminde hususî bir mesai mevzuu teşkil etmediği hususu, açık olarak görülmektedir. Halbuki biz, İslâm mevzuatı için, hukuk nazariyatına vukuf peyda etmeyi o mevzuatın mütemmim bir cüz'ü olarak telâkki etmekteyiz. Böyle bir mesaiye teşebbüs etmemizin ve bu mesainin mütevazi neticelerini şark ve garp hukukçularının huzuruna arz eylemekliğimizin sebebi budur. Yoksa her hangi bir iddianın müdafii olarak telâkki edilmekliğimiz hatalı bir hareket olur.

Mevzuu, günlük bir mesele halinde ortaya atmak fikrimizden dahi geçmemiştir. Şurasını da hatırlatmak lâzımdır ki, uzun zamanlardan beri amme hizmetlerinden çekilmiş bir halde yaşamakta, bütün mesaimizi; dünya hukuk aleminde üç yüz milyon hemcinsimizin mınkad olduğu bir kanunun teşekkülünde kullanılan usul ve kaideleri tanıtmak hizmetine hasretmiş bulunuyoruz. Gerçi bu kanun Avrupaca malûmdur. Ancak bu kanunun her maddesinin istinat ettiği sebepler, yeni mevzuatın heyeti umumiyesinin dayandığı felsefe sisteminin kâfi derecede anlaşılıp anlaşılmadığı, hakiki bir şekilde muhakeme olu-

nup olunmadığı cihetleri meçhul kalmıştır. "Usul" kısmına ve umumiyetle İslâm Hukuku Nazariyatına ait malûmatın fıkdanıdır ki, şimdiye kadar İslâm Hukukunun hakiki kıymeti hakkında bir fikir edinmeye mani olmuştur. Yine bu yüzdendir ki, Mevzuatı Muhammediyenin, çok ileri bir medeniyet seviyesiyle hem ahenk bulunan, ve aynı zamanda ataleti reddeden ve cehaleti günah telâkki eyleyen yüksek prensipler sağlamış bir mevzua bulunduğu hususu da anlaşılamamıştır.

Bu mesaimizle ayni zamanda, gücümüzün yettiği kadar, beşeriyetin mühim bir kısmını teşkil eden bir kitleye de hizmet ifa etmiş bulunmaktayız. Bu sözlerimiz belki balâpervaz bir iddia olarak karşı lanacaktır. Ancak, aşağıda vereceğimiz izahata dikkat edecek olan okuyucu, ne demek istediğimizi kolaylıkla anlamakta güçlük çekmeyecektir.

Medeniyetin son haddine erişmiş nice hükümetlerin, müslüman tebaalarını idare etmekte sonsuz güçlüklerle karşılaşmakta bulunduklarını, ve bu tebaaların da gayri müslim metbularına karşı, ekseriya fena neticeler tevlit eden bir ruh ıztırabı içerisinde inkıyad etmekte olduklarını görmekteyiz. Bu mesai ile Avrupa medeniyetini; gayri müslimler tarafından yapılan kanunlara inkıyad mecburiyetinde bulunan müslüman halkın haleti ruhiyesiyle imtizaç ettirmenin ne kadar kolay olduğunu anlatmağa çalışmaktayız.

* * *

Eserin birinci cildinde, ahkâmı şahsiyeye ait hükümler hariç olmak üzere asri hukukun islâmîleştirilmesi hususunun, gayeye eriştiren yegâne yol bulunduğunu; Avrupa medeniyetinin İslâm âlemi tarafından açık ve vazıh olarak kabulü demek olan bu halin, beşeriyetin iki mühim unsuru bulunan müslüman ve hıristiyan arasında samimî ve müstekar bir ihtilâfın hudusu neticesini tevlit edeceğini izah etmiş olduğumuz için, bu hususta fazla ısrar etmeyeceğiz.

Bu hususdaki mesainin en mühim noktası budur. Ehemmiyeti bundan daha az olmayan diğer bir nokta daha vardır ki, şimdiye kadar üzerinde fazla tavakkuf etmemiş bulunmaktayız.

Bu noktanın da tavzihi zaruri bulunmaktadır.

Afrika'da, Hindistan'da, Çin'de İslâm Dinini kabul edenlerin ne kadar çok olduğu, sayılamıyacak bir hale geldiği malûm bir keyfiyet-

tir. Vazife duygusuna asrın ihtiyacatına ait malûmatı da terfik eden yüksek bir zekâ, bir müddet evvel ehemmiyetle: "Medeniyet ışığına gözlerini açmakta bulunan milletlere Fransız ırkının cidden velût bulunan kabiliyetini tanıtmak için..." diye ısrar etmekte idi. İmdi; Fransız Cumhur Reisinin bahsettiği bu iptidaî kimselerin, medeniyet yolunda atmış bulundukları ilk adımları, Putperestliğin veya Brahmanizm ile Budizmin iğfal edici gösterişleri önünde bitap bir hale düşmekte ve böylelikle bunlar, İslâmiyetin kucağına atılmaktadır. Bu, Allahın ruhu beşere bahşetmiş olduğu ilerleme sevki tabiîsi bulunduğu kadar, dini Muhammedîdeki sadelik dolayısiyle, kaçınılması imkânı olmayan bir neticeden başka bir şey değildir.

Böyle bir vaziyet karşısında, her hangi bir zamanda İslâmiyeti kabul eden kimsenin, bu dini kabul ettiği andan itibaren, en gayur bir dindar malûmatı diniyesinin yorulmak bilmez bir muakkibi olduğu nazarı itibara alınacak bulunursa, bu milyonlarca kimsenin, itikatlarındaki samimiyet derecesinde bir korku, bir ademi itimat göstermeden kendilerine verilmek istenilen medeniyeti kabul edemiyeceklerini, ancak kabul etmiş bulundukları dinin esasatına uygun bulunduğu takdirde buna muvafakat edeceklerini anlamak kabil olur. Binaenaleyh bu halde bulunan müslüman milletlerin istikbalini temin, ve onlara muasır medeniyet muvacehesinde büyük terakkiler sağlamak için yegâne yol; hukuktan başlayarak, bütün medenî hakikatleri esasatı Muhammediyye ile telif edebilmekten ibarettir.

Bu zarureti kabul etmemek, adedi günden güne tezayüd eden bahis mevzuu muazzam beşer kitlesi aksamı için; medeniyeti iktidarsızlığa mahkûm etmek, hiristiyan metbularla, müslüman tabiler arasında aşılması imkânı olmayan bir sed vücude getirmek demektir. Bunun en bariz misali, bu güne kadar islâm milletlerine, garp idare ve hukukiyatının bâriz bir şekilde kabul ettirilmemiş olması keyfiyetidir. Yine tekrar edelim ki müslümanlar, garbın gıpta nazariyle bakacağı bir mukavemet fikrine maliktirler. Tevekkül ve teslim içerisinde kendilerini idare edenlere tabi olmakta, fakat onların kendilerine isale uğraştıkları, terakki ve medeniyetten nefret etmektedirler. Garp idarecileriyle aralarında müthiş bir uçurum mevcut bulunarak yaşamakta, bütün garp müesseselerine ademi itimat göstererek, garp ilminden tevahhuş

eylemektedirler. Bununla beraber, İslâm kanunu, terakkiyi muhtevi olmakta ve Cenabı Hak, bu kanuna tâbi bulunanlara, terakkiyi bir zaruret olarak emretmiş bulunmaktadır. Bu bariz mübayenet şu suretle izah olunmak lâzım gelir.

Her şeyden evvel ve daimî surette dindar olan müslüman, esasatı diniyesini, terakkinin esaslariyle tezat halinde görmektedir. Zira şimdiye kadar müslümana, terakki esaslarını kabul ettiği takdirde dini esaslara karşı bir günah işlememiş olacağı hususunun, kat'î bir şekilde isbatı için hiç bir tecrübeye girişilmemiş bulunmaktadır. Terakkinin dinî itikatlariyle hem ahenk bulunduğu isbat edildiği anda müslümanın bundan tehalükle istifade yolunu derhal aramağa koyulacağında şüphe yoktur ki, hakikat da bundan ibarettir.

Müslümanların, garp medeniyetinin getireceği hakikatları red edeceklerine inananlar, aldanmaktadırlar. Bu hususta misal vermek için, son zamanlarda müslümanların ticaret, bahriye ve sanayi ilimlerinde husule gelen terakkiyatı, kolaylıkla kabul etmiş bulunduklarını hatırlatmak kâfidir. Hadisat meydanda, gözlerimizin önünde öyle sarih bir surette cereyan etmektedir ki, bu hususta fazla israra ihtiyaç göstermemektedir.

Diğer taraftan, müslüman Arapların Yunan ilmini muhafaza ederek, orta çağ avrupasına intikal ettirmiş bulunduklarını kimse inkâr edemez. Bu gün dahi medreselerdeki felsefe tedrisinin esasını teşkil eden eser, Aristote,nın telhis olunmuş felsefesinden başka bir şey değildir. Müslümanlar bu eseri, tali tahsilin bir anahtarı mesabesinde addetmektedir. Bunu öğrenmeden hiç kimseyi, âli tahsile kabul eylememektedirler. Esere verilmiş olan isim muhafaza edilmekte, ve halen dahi İsagoci diye tevsim olunmaktadır. Bu eserin asıl ismini Aristote felsefesine methal olduğu da herkesçe malûm bir keyfiyettir.

Görülüyor ki, müslüman Araplar, yalnız bir hiristiyan tarafından müesses felsefe sistemini kabul etmekle kalmamış, ayni zamanda felsefe ve siyaset sahasında bütün asırlar boyunca büyük bir üstad olarak tanınmış olan bir alimin kısaltılmış bulunan eserine, bir hıristiyan tarafından verilen ismi dahi aynen kabul etmişlerdir. Aristote'yı tercih edenlerin hristiyan olduğu için Montesquieu'den nefret edeceklerine bir ihtimal verilemez. Böyle garip bir iddiada bulunmak bile hataya

düşmekten başka suretle telâkki edilemez. Müslümanın, münhasıran müslüman odlukları için, medenî Avrupadan kendisine gelecek ziyaya gözlerini kapıyacağını kabul etmek; gayri âdilâne, feci bir hühtan olur.

Bütün bu esbaba binaendir ki, müslümanları ataletle ittiham ederek geri bırakan ve medeniyet haricinde kalmış olduklarını gösteren bu kabil fikirleri takbih etmek, yerinde bir hareket olur. Böyle sakim bir usulden feragat etmenin herkes için bir hizmet olacağına kani olmuş bulunduğumuz için, bu noktada fazla israra lüzum görmüyoruz.

İslâmiyet ile telifi kabil olduğu kendisine ispat edildiği andan itibaren müslüman; garp ilimlerini bütün neticeleriyle kabul edecektir. İslâm hukukunun usul kaidelerine tevfikan vaki olacak bu ispat keyfiyeti vücude gelir gelmez, o ilim ister Pekinden, ister Paristen gelmiş olsun müslüman bunu kabule mecbur olacak, ve bu ilimden azami istifadeyi temin etmediği takdirde, büyük bir günah ile muatep bulunacağına îman eyleyecektir. Hazreti Muhammede göre, bir hakikati ilmiyenin müslüman, hıristiyan veya müşrik âlimlerden sudur etmesinde bir fark mevcut değildir. Yeter ki, bu hakikatı ilmiye İslâm akidelerine tevafuk etmekte bulunsun. Bu halde o ilmî hakikate her hakiki mümin vicdanının riayeti mecburi olur.

Bu mecburiyetin vahye müstenit delili, İslâm vazii kanununun çok tanınmış ve sıhhatinde şüphe olmayan şu hadisidir: «İlmî Çinde olsa dahi arayınız» Bu hadîsi unutmamış bulunanlar, her halde İslâmiyetin intişarından evvel Çinde islâm ulemasının mevcut bulunduğunu ve Hazreti Muhammedin kendisine inanları Çinde bu müslümanlardan ilim tahsiline sevk etmiş olduğunu farz etmeyeceklerdir.

Buraya kadar söylediklerimizi artık bir neticeye bağlamak zamanı gelmiştir. Müslüman, Garptan gelen ve mevzuu ilim, sanayi, umuru nafıa olan bütün beşerî bilgileri; bunların dine mugayir bulunmadığı islâmi olan sahih delillerle isbat edildiği takdirde, minnet ve süratle kabule amadedir. Avrupalılara ait müstemlekelerdeki müslüman sekenenin hristiyan olan hükümetlerin ve mütefekkirlerin mesailerine karşı bu güne kadar vaki menfi mukavemetlerinin yegâne sebebini; bu ilmî hakikatların, Allahın resulu vasıtasiyle kendilerine tebliğ etmiş bulunduğu emirlere muhalif bulunmadığının kendilerine isbat edilmemiş bulunmasında aramak lâzımdır. Binaenaleyh gerek İslâm kitlesin-

nafi ihtilâflarını, gayrin hakkına taarruzları ve bunların neticeleri olarak vücut bulacak fenalıkları men'e kaadir yegâne kuvvet, Allahın emirlerinde mevcut bulunmaktadır.

* * *

Dinî meselelere temas etmekten azamî surette ihtiraz etmiş iştigal sahamızı tamamiyle İslâm Hukukuna hasretmiş bulunuyoruz. Ancak, İslâmiyette hukuk, vahye müstenit ilimlerden olup, din ile adeta tev'en bulunmaktadır. Binaenaleyh yine birinci cildin ön sözünde söylediğimiz gibi, İslâm ulemasından, arzettiğimiz eserde verilecek tafsilât meyanında tesadüf olunacak hataların nazarı af ile görülmesi ricasını burada da tekrar edeceğiz. Bu hususta mülâhazalara intizar edecek, ve bunlardan istifade ederek yanlışlıklarımızı tashih edeceğiz. Bu hususta mutlak surette hüsnü niyet sahibi bulunduğumuz için, İslâm âlimlerinden alacağımız mütalâalar, bütün minnettarlığımızla beraber, bu mesaiye bir hizmet mahiyetinde telâkki edeceğiz.

* * *

Mesaimizin bu ikinci cildinin intişar sahasına çıkması oldukça uzadı. Gözlerimizde vukua gelen tehlikeli bir rahatsızlık bizi, vadimizin ifası hususunu geciktirmek zaruretinde bırakmıştır. Yine bu sebep dolayısiyledir ki, okuyucudan, tesadüf edeceği tabı hatalarını da nazarı af ile görmesini rica etmekteyiz.

İKİNCİ CİLDİN ÖN SÖZÜ

Birinci ciltde de bildirmiş olduğumuz gibi İslâm Hukuku Nazariyatına ait eserler bir mukaddeme, iki kitab (maksat) ve bir hâtime «son» dan ibarettir.

Mukaddeme kitabın muhteviyatı hakkında umumî bir fikir vererek, gayet kısaltılmış bir şekilde İslâm Hukukunun asli menbalarını, ve bilhassa tali derecedeki menbalarını tetkik eder.

Birinci kitap (mahsadül-evvel) tamamiyle Hukuku Muhammedînin ana menbalarından bâhisdir. İkinci kitap, beşer ef'alini vasıflandıran Allaha ve kullara ait hakların ne olduğunu bildirmektedir. Hâtime (son) ise hukuk mekanizmasının, yani İslâm Hukukçularının (Müçtehit) ef'al ve muamelâtı beşeriyeyi tavsif ve tanzim için müracaat ettikleri ilmî usulden bâhis olunmakdadır. Tamamiyle nev'i şahsına münhasır olan bu fikrî ameliyeye «içtihat» (Effort des jurisconsultes) denilmektedir.

Hakiki şekli bu suretle olan İslâm Hukuku Nazariyatı silsilesini biz küçük bir şekilde tadil etmiş, içtihada ait kısmı kitabın baş tarafına alarak aynı zamanda bu bahse tarihî sisteme uymak suretiyle, büyük bir vüs'at vermiş bulunmaktayız. Muhtelif sınıflara mensup hukuk ulemasına ayrı ayrı yer verdiğimiz gibi, bunlardan her birisinin hukukî kaide vaz'ı için ibda etmiş olduğu usullerden de ayrı ayrı bahsetmiş bulunmaktayız. Bu yolu takip etmemizin sebebi, hukukun tekâmülünü gösterebilmek, ve hukuku Muhammediyenin son inkişaf merhalesine erişmeden evvel geçirmiş bulunduğu muhtelif safhalara muvazi bir şekilde, tamamiyle ilmî mahiyette malûmat ita edebilmek içindir. Bundan başka ana menbalardaki delâili şer'iye (Preuves légales) bahsiyle elfaz (Termes) bahislerinden de yekdiğerini müteakip bahs etmiş bulunmaktayız. Gerek münferiden ve gerekse başka bir kelime ile birlikte müttehiden ele alınmış olsun elfaz, (termes) İslâm Hukukunda, mah-

lûkata ve muamelâtı beşeriyeye ait ahkâmı kanuniyeyi isbata yarayan delillerden ibarettir. Binaenaleyh, elfaz (termes) bahsini müteakip şer'î deliller bahsinin mütalâa edilmesi lâzımdır. Eserimizin diğer aksamı İslâm Hukuku Nazariyatında takip edilmesi adet olmuş olan silsileyi takip etmektedir.

Şu hale nazaran eserimizin birinci kitabının (maksadü'l-evvel) mevzuu dört ana menbaın her birisini havi olmak üzere, dört kısma ayrılmış bulunmaktadır.

İkinci kitap (Maksadü's-sani) kezalik dört kısmı ihtiva etmekte olup birincisinde ahkâmı şer'iye (Qualitès Légales)den, ikincisinde hakimi mutlak olan Allahtan, üçüncüsünde ef'ali insan (Actions humaines)dan; dördüncüsünde İnsan (de l'homme)dan bahsolunacaktır.

* * *

Birinci kitabın (maksadü'l-evvel) son iki kısmı eski ve yeni hukukların hepsinde mevcut bulunan ahkâmı şahsiyeye ait bulunmaktadır. Ancak gayet tabii olarak bu bahis de İslâm kaidelerine istinaden tetkik edilmiş, ve istintaç olunan neticeler, ana menbaların esası üzerine istinat ettirilmiştir. Bu kısımlar insan mesuliyeti hakkında gayet mufassal malûmatı muhtevi bulunmaktadırlar.

Gerek bu eserin birinci cildinde ve gerekse daha açık olarak «İzahlı Müslüman Hukuku» (Droit Musulman Expliqué) adlı eserimizde bildirmiş olduğumuz gibi, İslâm Hukukunu gücümüzün yettiği kadar doğru dürüst olarak aksettirmeye çalışacağız. Ancak bu hukuku gerek kendisinden evvel mevcut bulunan ve gerekse kendisini takip eden diğer mevzuat ile mukayeseden içtinap edeceğiz. Yalnız ahkâmı şahsiye bahsi, bu hususta bir istisna teşkil edecektir. Zira ciddiyetleri ile tanınmış Avrupa ulemasından bazıları bize, İslâm Hukukunda insan ve geçirdiği muhtelif safhalar (Alieni juris, sui juris) hakkında malûmat bulamadıklarını söylediler. İslâm Hukukunun bu kısmını her halde füru'a mütedair müdevvenatta aramış olacaklardır. Gerçi füru'da da bu bahislere tesadüf olunur. Ancak tatbikata ait olan makalelerle bu his, muhtelif isimler altında, muazzam eserlerde dağılmış bir vaziyettedir. Birinci cildde işaret ettiğimiz ve bu ciltte daha sarih görüleceği veçhile usule mütedair yazılmış eserlerin ikinci kitabının (maksadü's-sani) dördüncü kısımları tamamiyle ahkâmı şahsiyeye ait olup İslâm Hukuku-

nun bu kısmının ruhunu, ecnebilere de kolaylıkla izah edebilecek şekilde gayet dikkat ve itina ile tetkik olunmuş bulunmaktadır.

* * *

Bu ciltte, insanın geçirdiği devrelere ait mesuliyet bahsi, birinci ciltte olduğu gibi, kısaca hatırlatıldıktan sonra; Arapların âfat (Afetler) dedikleri ve hastalık ve saire gibi ehliyeti veya hürriyeti azaltan esbabı mazerete dair geniş tetkikata girişeceğiz.

Eserimizin birinci cildinde, insanın ehliyeti ile bu ehliyet dolayısiyle insanın tahammül etmiş olduğu vazifelerden, ve muhtelif yaşlarda bu ehliyetin almış olduğu hallerden bahsetmiş olduğumuz hatırlardadır. Kebzalik birinci cildin nazarî bilgiler kısmında, ef'ali beşeriyeden ve Allahın bu ef'ale göre insanlara ne suretle hüküm vereceği hususlarından da bahs olunduğu unutulmamalıdır.

* * *

Bu cildde birinci cildden fazla misal bulunacaktır. Bu misaller tekrar olunursa hayrete düşülmemelidir. Zira ayni misaller, diğer mesailin halline de yaramaktadırlar. Tekrarları halinde bir meselenin diğer muhtelif safhasının da yeni bir şekilde halline ve anlaşılmasına hizmet etmiş olurlar. Bundan başka şurasını da hatırda tutmak gerekir ki, bazı muamelât, bilfarz alım satım akti, Arabistanda İslâmiyetten evvel dahi çok taammüm etmiş idi. Bütün bu meselelerin hal tarzları Hazreti Peygamber ve ashabı tarafından bizzat vücuda getirilmiş bulunmakta idi. Buna binaendir ki, Arap hukukşinasları bizzat Hazreti Peygamber tarafından kulanılan misalleri ele almış, ve bunları daimî surette tekrar etmişdirler. Bundan başka bu meselelerle misaller, daha başka bir kıymeti haizdirler ki, o da Hazreti Peygamberin halletmiş bulunması dolayısiyle vahye istinat etmekte bulunmaları ve kanun vazının hakiki fikrini muhtevi bulunmuş olmalarıdır.

* * *

Okuyucu bu ciltte, hukuka ait bir eser olduğu halde, nahiv ve sarf kaidelerine mütedair malûmata da tesadüf edecekdir. Eserin birinci cildini dikkatle mütalâa etmiş olanlar bu hususun istinat ettiği esbabı hatırlayacaklardır. Bununla beraber buracıkta bu hususa dair biraz daha geniş malûmat itası faideden hali olmayacaktır.

İslâmiyetin esaslı akidelerinden birisi de Arap lisanının, kelime ve cümleleriyle kanunların ihzarına hizmet etmesi dolayısiyle, bir mevhibei huda olduğu hususudur.

Mevzuatı hukukiye, Allahın emirlerinin hulâsasından başka bir şey değildir. Bu emirleri insanlara intikal ettiren elfazın (sözler) manası, kanunların Allahın iradesine muvafık bir şekilde tatbik edilebilmesi için, yanlışsız ve doğru olarak anlaşılmak mecburiyetindedir. Binaenaleyh İslâh Hukukunun ilmî kısmını, teşri usulünü iyice bilebilmek için, elfazın yani sözlerin hakiki kıymetlerini öğrenmek lâzımdır.

Elfaz, (sözler ef'alimizin, eşyanın ve bizi ihata eden mevcutların hukukî kıymetlerini ifade ederler. Elfaz, kanun vazı için, doğruyu eğriden tefrik hususunda kullanılan birer teşri vasıtasıdır. İslâm Hukukunun iki ana menbaı olan Kur'an ve Sünnetin metinleri ister aynen, isterse mealen gösterilmiş olsun, hepsi birer «şer'î delil»dir. İşte bunun içindir ki vahye müstenit bu iki esası hukukiyeye ait cümle ve kelimelerini birinci cildde de işaret ettiğimiz veçhile, çok ince bir tetkike tabi tutulması lâzımdır. Filvaki bu, çok güç bir iştir. Ancak ilerde sırası geldiği zaman da işaret edeceğimiz üzere, kanunu Muhammedîyi teşkil eden maddelerin esbabı mucibesini anlamak için, böyle bir mesaiye katlanmak; kaçınılması imkânsız olan bir zarurettir. Bundan başka daha kuvvetli sebebler de vardır. İslâmiyetin ilk üç neslinden sonra vukua gelmiş bulunan hâdiseleri, İslâm kanununa sokmak suretiyle bu kanunu genişletmek isteyen ve böyle bir tedvin işine girişen kanun vazının, bu bahsi çok esaslı bir surette tetkik etmesi lâzımdır. Başka bir deyimle hiç bir zaman müslümanlarca kabul edilemeyecek olan ahkâmı şahsiye müstesna olmak üzere, muasır hukukun diğer aksamının islâmîleştirilebilmesi de bu mesaiye bağlı bulunmaktadır.

(Müellif burada iki sahife kadar tutan bir kısmı Arap harflerinin, Fransız harflerine göre, ne suretle okunacaklarına hasretmiştir ki, bizim harflerimizle alâkası bulunmayan ve Fransızcayla arapçaya ait olan bu malûmatın tercümesine lüzum görülmemiştir «mütercim»)

* * *

Ammeye arz etmiş olduğumuz bu İslâm usulü teşriinin, bu husûsla meşgul olmamış bulunanlara, bütün muasır hukuk kaidelerinin huku-

Muhammedîyeye intikal ettirilebileceğini ve esasatı islâmiyeye tat-
olunabileceği fikrini verdiğine kani bulunmaktayız. Bu cilde baş-
ken de söylediğimiz gibi, bu eserimizle iddiamızı isbat etmiş olabilir-
, İslâm Hukukunun (Extensibilité-ittisa) kabiliyeti hakkındaki,
ün tereddütler nihayet bulacak ve Avrupanın en mükemmel ka-
ılarını İslâm Hukukuna intibak ettirebilmek imkânları vücut bul-
ş olacaktır.

İSLÂM HUKUKU NAZARİYATI

İKİNCİ CİLT

(Usulü Fıkıh)

İslâm Hukukundan bâhis eserlerin muhteviyatında takib olunan usulden, ve muhtevî bulundukları kısımların neleri ihtiva ettiğinden birinci ciltte okuyucuya malûmat vermiş idik. (Birinci cilt, ön söz) Bu cildin ön sözünde de bu hususa mütedair daha geniş malûmat ita etmiş bulunmaktayız. Kezalik bu eserlerin muhtevî bulunduğu muhtelif fasılların ve bu fasıllara tabi muhtelif kısımların da ne suretle sıralandığı ve tetkikatımızı kolaylaştırmak için bu kısımlarda ne gibi takdim ve tehir yapmış bulunduğumuzu da izah etmiş olduğumuza göre, bu cilde «içtihat» bahsiyle başlamamızın sebebi anlaşılmış olacaktır.

İÇTİHAD

(Effort législatif)

İslâm Hukukçuları, İslâmiyetin ilk devrelerinde kendilerine arz olunan adlî ve hukukî meseleleri, içtihad yolu ile halletmek mecburiyetinde kalmışlardır. Bu meselelere vermiş oldukları hal şeklinin Kur'ân ve Sünnetten istihraç olunmuş vahye müstenit hakikatlere istinat etmesi mecburî idi. Bu mukaddes esaslara istinat etmeyen her hüküm, dine mugayir ve binaenaleyh her türlü hukukî kıymetten marum addedilmektedir.

Bidayette mahkemelerin içtihadını ve bilâhare İslâm Hukukunun içtihadını teşkil eden bu mesaiye, Hazreti Peygamberin hali hayatında başlanılmış bulunmaktadır. Beşer fikrinin, adlî ve hukukî meseleleri takdir ederek bunları vasıflandırmak, yani islâmîleştirmek suretiyle tedvin etmek ameliyesine «içtihad» ıtlak olunmaktadır.

Hazreti Peygamberin en âlim ve en tanınmış sahabeleri, müşarünileyhin hali hayatında dahi, içtihat suretiyle hüküm tesisine çalışmış bulunmakta ve Peygamberden sormaları imkân dahilinde bulunmayan hallerde, vazifelerinin icabı olarak tesadüf ettikleri müşkülleri bu suretle halletmekte idiler.

Hazreti Peygamberin en ileri gelen ashabından, birisi bulunan Muaz İbni Cebel'in Yemen Valiliğine tayini esnasında Peygambere, hukukî bir meselede Kitabullah ile Sünneti Peygamberîde bir işarete tesadüf edemediği takdirde meseleyi içtihad yolu ile halledeceğini bildirmiş olması hadisesini, burada bir kerre daha hatırlatmak, yerinde bir hareket olur. Hazreti Peygamber bu beyan karşısında, İslâmiyette kendisini anlayan ve İslâm idaresine geçen memleketlerdeki adlî ihtiyaç ve idareyi temine hâdim böyle kimselerin zuhurundan dolayı Cenabı Hakka şükretmiştir.

Görülüyor ki içtihad, Hazreti Peygamber tarafından ihdas olunmuş, ve müşarünileyhin sarih muvafakatına iktiran etmiş bir müessesedir.

* * *

Yukarda söylediğimiz bu mesaiye Arap Hukukçuları «içtihad» ismini vermişlerdir. İçtihad, Cehd sülâsisinin müteaddîsidir. Bu lâgatin manası, Hazreti Peygamberin zamanı hayatında ne ise, bu gün de odur. Çalışan bir kimsenin, kendi şahsiyetinin haricinde bulunan bir şey için faal bir mesai sarfetmesi, yani alelâde olmayarak çok fazla bir kuvvet izafe eylemesi demektir.

Hukukî bir ıstılah olarak içtihad, hukuk ulemasının hukukî bir meseledeki ilmî müşkülü, ilme dayanmak suretiyle, Allahın emirlerine ve Peygamberin vazetmiş bulunduğu kanunun kaidelerine uygun bir tarzda halletmek için,sarf ettiği fartı mesaidir. İslâm Hukuk Ulemasının umumiyetle kabul etmiş bulundukları ilmî tarife göre ise, içtihad: «Bir hukukşinasın, halli matlup hukukî bir mesele hakkında hükme varmak için, zekâsının bütün kudretini faaliyete sevk etmek suretiyle efkârını teksif etmesi ve bu mesaisinde beşerî kudretinin kâfi gelmediğine kani oluncaya kadar, sebat göstermesidir.»

Hazreti Peygamberin bizzat kendilerinin de içithad ile amel ettiklerine dair mevcut delilden başka, içtihadın bir vasıtayı kanuniye ve şer'iye olduğuna ait Kelâmullaha ve Hadîse müstenit delillerde vardır:

1 — Fatebirû ya ülil'elbâb-Ey akıl ve iz'an sahipleri, bütün kuvvetinizle düşünüp tefekkür ediniz.

2 — İtteku Firasetelmü'mini fe innehû yanzuru bi nûri'llah-Müminlerin nüfuzu nazarından korkunuz. Zira onlar gözlerindeki nuru ilâhi ile görürler.

İçtihadın gayesi, İslâm Dinince hakikat olan hususa mümkün olduğu kadar yaklaşabilmektir. İçtihad etmeye selâhiyetli bulunan kimseler, bu gayeye ancak vahye müstenit şer'î deliller vasitasiyle vasıl olabilirler. Aynı zamanda mantıkî delillerden de istifade edilir. Ancak, istifade olunan bu delillerin, halli matlup olan meseleye tamamiyle tevafuk ve tetabuk etmesi lâzımdır.

İçtihad ile iştigal eden kimse, içtihad edinirken hataya düşebilir, Fakat bu hatasından mesul olmaz. Hazreti Peygamber, müçtehidleri bu hususta her nevi taan ve mesuliyetten korumak için: «İçtihadı ile bir meseleyi doğru ve şer'î olarak halleden kimse on sevaba, bunda hata eden kimse ise, bir sevaba nail olur» buyurmuşlardır.

İçtihadın meşru olarak telâkki edilebilmesi iki şarta bağlıdır ki, bunlarda şunlardır:

1 — İçtihad edinen kimsenin bir hukukşinas yani fakîh olması,

2 — İçtihadın mahalline, yani şer'î bir meseleye münhasır bulunması, dır.

Ancak fakîhler yani hukuk ilmi ile uğraşan kimselerdir ki, içtihad edinmek hak ve selâhiyetine sahib bulunmaktadırlar. Bunlara «Erbabı içtihad» denir. Fakîh olabilmek için, lâzım gelen şartlardan, ilerde bahsolunacaktır.

* * *

Edindikleri içtihadın sıhhat ve selâmetleri bakımından fakîhler, üç dereceye ayrılırlar.

1 — Hazreti Peygamberin sahabeleri. Bunlardan sadır olan içtihadlar, kasdî veya gayri kasdî ademi sıhhatten (kizib) tamamiyle berîdir.

2 — Tâbiin. (Bu hususta birinci cilde müracaat) Bunlardan sadır olan içtihatlar tamamiyle ademi sıhhatten berî değillerdir. Ancak bu içtihadlarda vaki ademi sıhhat, niyeti haliseden mahrum değildir.

3 — Tâbiini takip eden fakîhler. Bunlardan sadır olan içtihadın ademi sıhhate mukareneti daima mümkündür.

İÇTİHADIN İKİ NEVİ

İçtihad ister yeni ve meçhul bir meseleye ait olsun, isterse malûm bir meselenin başka bir şekilde halline matuf bulunsun, İslâmiyetin bütün devirlerinde; bir teşri yani kanun yapma vasıtası olarak telâkki edilmiştir. İçtihad daima yeni yeni hal şekilleri meydana getirmiş, ve böylelikle İslâm Hukuk mukarreratını emsal vücude getirmek suretiyle zenginleştirmiş, ahkâmı şer'iyeye geniş bir tatbik kabiliyeti bahşeylemiştir ki bu; içtihadın birinci nevidir. İkinci nevine gelince içtihad, mahkemeye arzolunan ve malûm bulunan bir mesele için mahkemece, kanunda muharrer ahkâmdan istinbat olunur. Burada müçtehid tarafından edinilen içtihad, kendisine hüküm vermesi için arz olunan meselenin kanundaki yerini ve o hâdiseye tetabuk edip etmediğini tesbitten ibarettir. Bu suretle ittihaz olunan bir içtihad emsal vücude getirmediği gibi ahkâmı şer'iyenin zenginleşmesini de mucip olmaz. Burada hâkimin ifa ettiği iş, bir kaza icrasından, yani kendisine arzolunan davayı kesip atmasından ibarettir. Kaza, bir meseleyi kanunda yazılı mevaddan, ona en uygun olanı tatbik etmek suretiyle intaç etmektir.

İçtihadın bu ikinci nevi ciddî ilim adamları tarafından kabul edilmemektedir. Bu zevat, mahkemelerdeki içtihadı kabul etmemektedirler. Böyle bir meselede hakem olmak gibi bir iddiada bulunmamakla beraber, naçiz fikrimize göre, mahkemelerde de içtihad tesis edilebileceği kanaatındayız. Hâkim, hüküm tesis etmek istediği bir meseleye tamamiyle tevafuk eden maddeyi içtihad etmeden, yani kuvvetli bir mesai sarf eylemeden bulamaz. Yalnız şurasını kayıt etmek lâzım gelir ki, yekdiğerine mümasil hususattaki içtihad, teşri usulündeki içtihad demek değildir.

İster teşriî, ister adlî olsun içtihadın gayesi; muhtelif mezheplerin fakîhleriyle usul vazıleri tarafından tesis edilmiş usul ve kaidelere muvafık bir şekilde, şer'î bir meseleyi yani bir meselei hukukiyeyi halle iktiran ettirmektir.

Bü üstadların vaz ettikleri usulleri ibda için sarfetmiş bulundukları fıkrî mesai, içtihadın en yüksek derecesini teşkil eder. Bu içtihad dolayısiyle vücude gelen kaide ve usuller, İslâm Hukuku mevzuatının esasını teşkil etmektedir. Bu usul ve kaideler ister dört mezhebin imam-

ları tarafından, isterse bunların talebeleri veya onları takip edenler tarafından vücude getirilmiş olsun, tatbikatta istimal olunan kaza içtihadının ilmî esasını teşkil etmektedirler.

HUKUKŞİNASLARIN (FAKÎH) TASNİFİ

Dört mezhep imamlariyle onları asırlar boyunca takip eden diğer hukuk ulemasının fikrî mesaileri mahsulü; ehemmiyetleri bakımından tetkik olundukta, İslâm teşriî hareketinin muhtelif safhaları hakkında malûmat elde edilebilir. Bu safhaların tetkiki ile dir ki, içtihadın muhtelif dereceleri hakkında bir fikir edinilebilmektedir. Ve yine bu suretledir ki, bu içtihadları meydana getiren hukukşinaşların, İslâm Hukukunun inkişaf ve itmam ettirilmesi hususunda sarfetmiş bulundukları mesai bakımından, derece ve sınıfları hakkında bilgi edinilmiş olur.

Teşriî bir kuvvet olmak bakımından içtihadın, üç derecesi mevcuttur. Buna mütenazır olarak hukukşinaslar (fakîh) da üç kısma ayrılmış bulunmaktadırlar.

Birinci derecede bulunan fakîhler; her biri, bir teşri usulü ibda etmiş bulunan mezhep imamlarıdır. İkinci ve üçüncü derecede ayrıca talî kısımlara ayrılırlar. Bu talî kısımlara taksim hususu, tehalüflere sebebiyet vermiştir. Bu tehalüf, bu taksimleri vücude getiren müelliflerin gerek takip etmiş bulundukları usul dolayısiyle, gerekse meydana getirilmiş bulunan içtihatlara atfetmiş oldukları kıymet bakımından ileri gelmektedir. Binaenaleyh imamlardan gayri fakîhlerin derece ve sınıfları (tabakat) adedi, muhtelif musanniflerin, her fakîhin eserine atfettikleri kıymete göre değişmektedir.

Edirnevî ile M. Flugel, Fakîhleri yirmi tabaka (derece) olarak kabul etmekte, İbni Kemal ile klâsikleşmiş bir çok eserlerin sahipleri bulunan muhtelif âlimler ise, bu tasnifi yedi derece olarak kabul eylemektedirler.

Fakîhlerin yedi dereceye ayrılması keyfiyeti, besateti haiz bulunmaktadır. Mahaza bu tasnifler bir birinin ayni olmayıp, ayni noktai nazara da istinat etmemektedir. Bazıları bu tasnife esas olarak her fakîhin içtihadı vücude getirmek için istimal ettiği usulü esas ittihaz etmiş, bazıları ise içtihadın elde edilmiş olan netayicinin kıymeti itibariyle müelliflerini tasnife tabi tutmuştur.

Biz burada evvelâ kılâsik olarak kabul edilmiş olan tasnifden bahsedecek, bilâhara İbni Kemalin tasnifine intikal edeceğiz.

BİRİNCİ TASNİF

İçtihadın ilk devresi

Bu tasnife göre, içtihadın ilk devresi, dört mezhep imamının mahsulü bulunan mesainin neticeleridir. Hakikaten âlim kimseler olan bu dört imamdan her biri bir usul ibda etmiş; yani teşriî menbaların muhtevî bulunduğu usul ve kaideleri taharri için ayrı birer kaidei külliyye vücude getirmişlerdir.

Her imam bu menabiden;

1 — A: Ef'ali beşeriyenin. B: İnsanın istimal ve tasarrufu altında bulunan eşya ile kâinatı vücude getiren mevcudatın kanunî vasıflarını tavsif etmek;

2 — Ef'ali beşeriyenin ve insanın istimali tahtında bulunan eşya ile insanın muhitini işgal eden mevcudatın her birisine ait vasıfların mevcudiyetini isbat eden delilleri bulmak usulünü meydana getirmişlerdir.

Beşerî ef'alin, eşyanın ve mevcudatın her birisinde mevcut vasıfların tesbiti suretiyledir ki, imamlar bu vasıfları hukukî bir şekilde tavsif etmek imkânını elde etmiş ve böylelikle İslâm kanunu umumîsinin kanun maddelerini meydana getirmişlerdir. Tabiri diğerle insanları mükâfatlandıran veya cezalandıran, onlara emir veya tavsiyede bulunan, bazı ef'ali men ve bazı ef'alin icrasına müsaade eden, şer'i hükümlere vücut vermişlerdir.

* * *

Dört mezhep imamlarının vücude getirmiş oldukları içtihatların, şer'î neticeleriyle, onları asırlar boyunca takip eden diğer fakîhlerin içtihatlarının neticeleri arasındaki farklardan okuyucunun, tam ve mükemmel bir surette malûmattar olması lâzımdır.

Birinci cildin tarihî malûmat kısmında da söylediğimiz gibi, İslâmiyetin teessüsünü hemen takip eden bir zamanda, bu dört imam, İslâmiyetin kuruluş tarihinde mevzuatı hukukiyeyi tanzim edenlerin tesadüf etmedikleri ve bu zamanda mevcut bulunmayan bir yığın adlî mu-

amelâta müsadif olmuşlardır. İslâmiyette pek büyük birer mevkii olan bu zevat, gerek Hazreti Peygamberin sağlığında, gerekse Hulefayi Raşidinin (Hazreti Peygamberi takip eden dört halife) hayatında yaşamış bulunmakta idiler. Bu dört imamı takip edenler, bilhassa Ebu Hanifenin muakkipleri yeni yeni, hukukî hadiselerle karşılaşmış ve bu ef'ali kendi mezheplerinin hukukî prensipleri yardımı ile halle çalışmışlardır ki, bunun neticesi olarak, yeni yeni hukuk hükümleri vücut bulmuş ve binnetice İslâm Kanunu umumîsine yeni yeni maddeler ilâve olunmuştur. Yeniden vücut bulan bu hükümlerin yalnız umumî hukuk kaidelerine göre, doğru vasfını iktisap etmiş bulunmaları kâfi olmayıp, bunların aynı zamanda hakayıkı İslâmiyeye de muvafık bulunmaları, lâzım gelmekte idi. Bunun içindir ki dört mezhebin imamları bulunan zevat, bu ahkâmı azamî itina ile vücude getirmişler, ve bütün bu yeni hüküm ve esaslara vahye müstenit hakikat vasfını vermesini bilmişlerdir.

İçtihatlarındaki mühim ve dikkate şayan neticeler yalnız bunlardan ibaret değildir. İlim aleminde misilleri bulunmayan bu üstadların, Allahın sevgili kulları olmakla beraber, Hazreti Peygamber gibi, bütün hakayıkın yegâne menbaı olan Allah ile irtibatları mevcut değildi. Hatta, selefleri bulunan ashab gibi, islâma iradei ilâhiyeyi intikal ettiren Hazreti Peygamberin efkârına yakînen ıttıla imkânından dahi mahrum idiler. İmamı Azam, Hazreti Muhammedin son sahabelerini şöyle böyle tanımış, genç bir tabiin idi. İmamı Azamdan gayri diğer üç mezhebin imamları ile İmamı Azamın muakkipleri, faziletli, îmanlı büyük alimlerdi. Fakat ilk ashaba nazaran üçüncü derecede bulunmakta ve içtihad için sarfettikleri mesailerinde ancak niyeti haliselerinden istifade etmekte idiler. (İslâmiyette, Ashab ile onları takip eden Tabiin'in niyeti haliseleri münakaşa götürmez bir keyfiyettir.)

Vücude gelen muhtelif hukukî ve adlî meseleleri, yukarda izah etmiş bulunduğumuz şartlar altında birer birer halletmek suretiyle, dört mezheb imamlarının İslâmiyete ifa etmiş bulundukları hizmet, cidden büyüktür. Ancak; bu sureti haller herkesin kendi telâkkisine göre vukua gelmekte, ve bir prensibe, esaslı kaideye bağlanmamış bulunmakta idiler. Bu suretle bunları takip eden fakîhler de kendilerine arzedilen meseleleri ancak nev'i şahsına münhasır, sistem ve vahdeti teşriden mahrum bir şekilde halletmek mecburiyetinde kalacaklardı. Binaena-

leyh, İslâm Hukukunun hakiki bir surette zaferyap olabilmesi için, içtihatların daha ilmî bir esasa istinat ettirilmesi, zarureti mevcut bulunmakta idi. Muazzam bir deha olan İmamı Azam bu zarureti idrak ederek, yeni yeni hukukî meselelerin halline çalışmakla beraber, muakkiplerinin İslâm teşriini devam ettirebilmeleri gayesiyle, her meseleyi hallettikçe bu hal şeklinin usulünü ve kaidei umumiyesini de vaz etmeye başladı. Kendisinden sonra gelen diğer üç mezhebin müessisleri de, İmamı Azama imtisal ederek ayni gaye ile, müşarünileyhin vaz'etmiş olduğu usul ve kaidelerden tamamiyle başka olarak ve fakat tamamiyle hakayıkı islâmiyeye ve esasatı ilmiyeye uygun ve muvafık diğer üç usulü meydana getirdiler.

Bu dört imamdan sadır olan, içtihatların netayicindeki ehemmiyet, bu noktada kendisini göstermektedir. Bu içtihatların neticeleri itibariyledir ki, bir (usulü fıkıh) meydana gelmiş ve böylelikle, birinci derecede bulunan ashabdan sadır olmuş içtihatların esas ruhunu muhafaza etmek şartiyle, bütün şer'î meselelerin halline hadim usul ve kaideler vücut bulmuştur.

İmamı Azamın binlerce misali arasından vereceğimiz şu bir iki misal, okuyucuya fikrimizi daha sarih bir surette anlatmış bulunacak, ve İslâm Hukukunun İmamı Azamdan evvel ve sonraki vaziyeti hakkında da bir mukayese imkânını sağlayacaktır.

Birinci misal: Hicazda hemen hemen meçhul bulunan baht ve talihe bağlı oyunlar, Suriye heyeti içtimaiyesinin derin bir yarasını teşkil etmekte idi. İcra kuvvetinin bu hususu müessir bir şekilde men edebilmesi için, bu oyunların kanunî bir şekilde tavsifine ihtiyaç vardı. Hazreti Peygamberin zamanı hayatında, Hicazda baht ve talihe bağlı tek bir oyun mevcuttu. İptidaî bir oyun olan ve bu gün zarların tavla tahtasına atılması gibi muhtelif tahta parçalarının atılması suretiyle oynanan bu oyuna, "Meyser,, denilirdi. Allah, kelâmı ilâhisi ile bu oyunu şeytana mahsus bir habaset olarak vasıflandırmış (amelişşeytan) ve insanların bu oyundan ihtiraz eylemelerini emir buyurmuştu. İmamı Azam meyser kelimesinin manasını (Meyser, kolay vasıta demektir. Yorulmaksızın kolaylıkla para kazandırdığı için bu oyuna da bu isim verilmiştir.) tevsi etti. Mâşarünileyh bu tevsi keyfiyetini icra etmek için, Allah tarafından meyserin men'i için varit emri ilâhî ile istimal olunmuş

lafzın (sözün) arap lisanı kaidelerine göre, yorulmaksızın gayri meşru olarak, menfaati maddiye istihsal edilen bilumum oyunlara kabili tatbik olduğunu müşahede etti. Böylelikle meyser için vaki olan men keyfiyetini, bu hususta kullanılan lâfzı tamim usulü ile umumileştirmek suretiyle, bütün baht ve talih oyunlarına teşmil etmiş bulundu. Bu suretle de hem münakaşalı bir mesele halletmiş hem de İslâm içtihadı hukukîsine yeni bir hal şekli kazandırmış oldu. Şüphesiz ki bu mesele bu büyük hukukşinasın hallederek kazandırmış bulunduğu meseleler meyanında ne en mühimmi ne de yegânesi bulunmaktadır.

Baht ve talihe bağlı oyunlar için, istinat ettiği esbabı mucibeyi İmamı Azam evvelâ arap lisanının haiz olduğu teşri kudretinde aramış ve esaslı bir kaideyi teşri olan (asıl) kaidesini vaz'etmiştir. Bu kaideye göre, lisan Cenabı Hakkın insanlara bir mevhibesi olması itibariyle, her şeyden evvel ahkâmı şer'iyenin, yani hukukun teessüs ve teşekkülüne hadim bulunmalıdır. Bunu müteakip, elfazın tamimi ve her lâfza (söze) izafe edilecek kıymet hakkındaki usul ve kaideleri tesbit eyledi ki, bu usul ve kaidelerin nelerden ibaret bulunduğunu okuyucu birinci kitabın (maksadü'l-evvel) elfaz bahsinde görecektir.

Görülüyor ki İmamı Azam baht ve talihe bağlı oyunlar meselesini halletmek için, bir takım hukukî usul ve kaide sistemi meydana getirerek talebelerine bırakmış, başlı başına bir usul tesis etmiş ve bu usul bu gün dahi İslâm mevzuatının esaslı bir unsuru bulunmak vasfını muhafaza etmiştir. İşte İmamı Azamı, diğer üç mezhebin reisi bulunan imamlardan tefrik eden husus, kurduğu içtihatların muhassalası bulunan bu teşriî usulüdür.

İkinci misal: İmamı Azam vücubu zahir (Necessité évidente) unvaniyle bir kaide tesis etti. Bu kaideye göre, bir şeyin bir kısmı bir akte müstenit olarak, her hangi bir hüküm iktisap ettiği ve diğer kısmı o akitte zikrolunmadığı takdirde; akitte zikrolunmayan kısım da, idraki beşere uygun bir şekilde bir hüküm iktisap eder. Bil farz: Bir babanın iki oğlu ile ayni kıymeti haiz iki evi mevcut bulunsa da baba, vasiyet suretiyle evin birini oğullarından büyüğüne bağışlayarak diğerini bahis mevzuu yapmadan meskût geçse, üzerine hiç bir hüküm tesis edilmemiş bulunan ikinci evin; diğer oğula ait olacağı zahir bulunmaktadır. İdraki beşer bunu böyle kabul eder. İmamı Azama göre bu ikinci eve böyle bir hüküm izafesinde zahirî bir vücup, bir zaruret mevcuttur.

İmamı Azamın bu kaideyi münhasıran akıl ve mantık zavıyesinden muhakeme ederek, tesis ettiğini zannetmek bir hata olur. Bu kaideyi, ayni zamanda Hazreti Peygamberin tatbikatına istinat etmek suretiyle vücude getirmiştir. Kur'an ganimetin beşte birinin Allaha ve Peygambere ait olduğunu bildirmektedir. Diğer beşte dördü hakkında Kur'anda bir hüküm mevcut değildir. Peygamber Kur'anda zikri geçmeyen bu beşde dördün, hukuk mantıkı icabı olarak, muhariplere ait bulunacağını kabul buyurmuşlardır.

Şu iki misal de göstermektedir ki, dört mezhep imamlarının ve bunlar arasında bilhassa Ebu Hanifenin hukuk ilmine ifa ettikleri en büyük hizmet; bir takım kavaidi umumiye ve kavaidi zabıta tesis etmek, yani tam ve mükemmel bir metod vücude getirmek suretiyle kendilerine arz olunan zamanlarına ait meseleleri hallederek, bu günkü İslâm Hukukuna vücut vermiş olmaları keyfiyetidir. Bunun içindir ki yukarda içtihadı, adlî ve hukukî meseleleri hal için hukukşinasların sarf ettikleri fikrî mesai diye tarif etmiş bulunmaktayız. İçtihad yalnız mazide kanun vücude getirmekle kalmayacak, istikbalde de mazide meçhul bulunan bilumum ef'al ve muamelâtı; ilim, sanat ve ziraatın terakkisiyle vücude gelecek hususatı vasıflandırmak ve islâmileştirmek suretiyle İslâm Hukukuna ilâve ederek, hukuku Muhammedîyi tevsi ve tezyin edecektir.

Yine bu sebebledir ki İslâm Hukukunda umumî olarak «Usulü Fıkıh» tabir olunan kısmı; hukuk usulü, hukuk metodu diye tevsim etmiş bulunmaktayız.

Biraz yukarda da görüldüğü veçhile, İmamı Azam, Arap lisanıyle bilhassa iştigal etmekte idi. Bunun için mütahassıs addettiği kimseleri çöle, kabileler arasına göndererek, uzun müddet onların arasında bulundurur ve lisan hususunda tetkikat icra ettirirdi. Böylelikle lisanda mevcut kelimelere, en vazıh ve en kat'î manalarını vermeye muvaffak olarak tabiratı hukukiyeyi meydana getirdi. Bu suretle de bize tabiratı hukukiyenin adlî ve hukukî kıymetlerini bildiren Usulü Fıkıh vücude geldi.

Ebu Hanifenin şakirtleri, ayni usul ve kaidelerden istifade etmek suretiyle bir çok meselelerin halline muvaffak oldular. Üstadlarının hali hayatında dahi, İmamı Azamınkinden ayrı, hatta müşarünileyhinkine tamamiyle zıd hal şekilleri buldukları halde, vaz etmiş olduğu usulden katiyen inhiraf etmemiş mevzu usul ve kaideleri tatbik ederek prensibe hürmetkâr davranmışlardır.

Birinci cildin tarih kısmında İslâm Hukukunun tekâmülü hakkında uzun malûmat ita etmiş idik. Burada da dört mezheb imamlarının içtihatları netayici arasındaki esaslı farkların nelerden ibaret bulunduğunu ve diğer İslâm müçtehitlerinin içtihatları netayicinin farklarını izaha; ve bu izahta gücümüz yettiği kadar, doğru malûmat itasına çalışacağız.

İÇTİHADIN İKİNCİ DEVRESİ

Hanefî Mezhebi

İmamı Azam mezhebine mensup ulemaya ait içtihatların heyeti mecmuası teşriî içtihadın ikinci devresini teşkil eder. Bu ulema yukarda da işaret ettiğimiz gibi, usul ve metod sahibi değillerdir. İmamı Azamın vaz etmiş olduğu usul ve metoddan istifade suretiyle içtihad edinmiş, ayni usul ve metoda istinat suretiyle hukukî içtihadı zenginleştirerek yeni yeni hükümler kazandırmışlardır. Bununla beraber tetkiklerine arzolunan meselelerde bazan İmamı Azamdan farklı, hatta onunkine büsbütün muhalif neticelere destres oldukları da unutulmamalıdır. Bu ihtilâf ve farkların sebebleri şunlardır:

1 — Hazreti Peygamberden rivayet olunan hadîslerdeki fikir ayrılığı. Bu ayrılıklar, Hazreti Peygamberden sadır olan bir fiil ve harekete, İmamı Azamın izafe ettiği mana ile, diğerlerinin izafe etmiş oldukları manaların başka başka oluşundan ileri gelmiştir.

İzah edelim:

Ashabı peygamberî, bazı avhalde Hazreti Peygambere ait söz ve hareketleri yekdiğerinden farklı olarak şerh ve izah etmiş bulunmaktadırlar. Ebu Hanîfenin şakirtleri işte bu gibi ahvalde, bazan İmamı Azamca nazarı itibara alınmamış bulunan diğer bir sahabenin şerh ve izahına itibar etmiş, ve bunun neticesi olarakta; üstadlarının vaz etmiş bulunduğu usul ve metodtan ayrılmamış olmakla beraber, onunkinden farklı neticelere destres olmuşlardır. Misal: Hazreti Peygamber: «Cenazeyi kabristana götürenlerin abdestli bulunmaları lâzımdır.» buyurmuşlardır. Abdullah İbni Mes'ut, Hazreti Peygamberin yakın sahabelerinden bulunmakla bu hadîsi; cenazeye refakat edenlerin, cenaze namazını kılabilmeleri için Hazreti Peygamberin bu suretle emir buyurdukları suretinde şerh ve tefsir etmiştir. İmamı Azam Abdullah İbni Mes'ut'un bu şerh ve

tefsirine istinaden cenazede bulunanların abdest almaları lüzumunun, cenaze namazını kılmak için bulunduğu neticesini çıkarmış ve hadîsi Peygamberînin bu namazı kılmak isteyenleri istihdaf ettiğini kabul etmiştir. (İslâmiyette cenaze namazı, cenazeye refakat edenlerin biri veya bir kaçı tarafından kılınmakla, diğerleri tarafından kılınmış addolunur.) Binaenaleyh İmamı Azama göre, cenazeye refakat etmiş olsalar bile, namaz kılmak niyetinde olmayanlar için, abdest almak mecburiyeti mevcut değildir. Yine Hazreti Peygamberin ashabından bulunan Ebu Hüreyre ise, bu ayni hadîsi, başka suretle şerh ve tefsir etmiş bulunmaktadır. Bu sahabeye göre ise, cenaze kelimesi manasının şümulü tevsi olunduğu takdirde, cesedi ihtîva eden tabutun da bu kelimenin şümulüne dahil bulunacağı, binaenaleyh cenazeyi muhtevi tabuta dokunan herkesin abdestli bulunması lâzımdır. İmamı Züfer, İmamı Azamın şakirtleri meyanında bulunmakla beraber, Ebu Hüreyrenin izah tarzını kabul etmiş ve böylelikle üstadından farklı bir neticeye destres olmuştur.

2 — İmamı Azamın şakirtleriyle aralarındaki ihtilâflardan birisi de hadîslerin intikali ve bu intikal ettirme vazifesini ifa eden kimselere atfolunan ehemmiyet üzerinde temerküz eder. Yukarda verdiğimiz misal, bu hususuda aydınlatacak mahiyette olduğundan bu husus için ayrıca misal vermeye lüzum hissetmiyoruz.

3 — Malûmdur ki ciddiyetleriyle tanınmış İslâm uleması, yalnız üç hadîsin Hazreti Peygamberin ağzından çıktığı gibi, ayni kelimelerle intikal ettirilmiş olduğunu kabul ederler. Diğer hadîsler, Hazreti Peygamberin ümmetine iblâğ etmek istediği emirleri mealen muhtevî bulunmaktadırlar. Bu hadîsler, muhtelif yollardan intikal ettirilmiş olduğuna nazaran, ayrı ayrı lafızları havi bulunmaktadırlar. İşte İmamı Azamla şakirtleri, hadîslerin lafızlarındaki bu ayrılıklar dolayısiyle de ihtilâfa düşmüşlerdir.

A — İmamı Azamın şakirtleri hadîslerde, daha sahih addettikleri bir lafza istinat etmiş ve binaenaleyh netice itibariyle, üstadlarından ayrılmışlardır.

B — Üstad ile şakirtleri arasında, ashab zamanında cereyan eden vakayi hususunda da fikir ihtilâfları zuhura gelmiştir. İmamı Azam bazı hadîsleri manalandırırken bu vakayi'den esbabı mucibe ihraç etmiştir. Şakirtleri ayni vakalara, İmamı Azamın vermiş olduğu kıymeti verme-

yince, hadîslere başka mana verilmiş ve böylelikle, üstadın çıkarmış olduğu neticelerden başka neticeler istihraç olunmuştur.

Bu kabil ihtilâflar dışında İmamı Azamın talebeleri, teşri hareketine üstadlarının vaz etmiş olduğu usul ve sisteme sadık kalmak suretiyle devam etmiş, ve ahkâm ve mevzuatı, aşağıda gösterildiği şekilde tasnife tabi tutulacak, bir mesai ile zenginleştirmişlerdir:

1 — Bir delilin asla irca edilmesindeki, (Asıl ile delil arasındaki farklar ileride görülecektir) metotdan ayrılmaksızın delilleri asla irca suretiyle asılların adedini artırmışlardır.

2 — İmamı Azam kendisinden evvel vücude getirilmiş bulunan bazı hall suretlerini mukayese yapmak için bir kaziyye olarak telâkki etmiş, ve bunların ianesiyle kıyas yolu ile, diğer hukukî meseleleri de halletmiştir. Budan başka her hangi bir hükmü hukukînin, kıyasa esas teşkil edebilmesi için haiz olması lâzım gelen şartların nelerden ibaret bulunduğunu da ayrıca tesbit etmiş bulunmaktadır.

Muakkibi bulunan talebeleri, bu şartları muhtevi kaziyyelerle başka başka hal suretleri vücude getirmişlerdir. Yani onlarda İmamı Azam tarafından kabul edilen ve kıyasa esas teşkil eden kaziyyelerdeki şartları olduğu gibi kabul etmiş, ve bunların ianesiyle, yeni yeni meselelerin halline vücut vermişlerdir.

Misal: 1 — İmamı Azam şarabı men eden hükmü şer'îyi halli mesele için kıyas kaziyyesi olarak ele almış idi. Bu hükmü şer'îyi nebizüttemr (Arapların hurmadan çıkardıkları tahammür etmiş ve sarhoş edici bir içki) meselesine kıyas kaziyyesi olarak kullanmış ve nebizin de şarap hakkındaki hükmü şer'înin içerisine girdiğini kabul etmiştir. Müşarünileyhin talebelerinden bulunan imamı Ebu Yusuf, âdet halinde bulunan bir kadınla cinsî münasebetin mekruhiyetine dair vaktiyle hallolunmuş şer'î bir hükmü; hicap verici, müstekreh diğer bir meseleyi cürmiyeye kıyas kaziyyesi olarak almış, ve bu esasa istinat etmek suretiyle; cebir mevcut olmamak şartiyle, gayri tabiî olan münasebetleri de bir fiili mekruh addederek, âdet halinde bulunan kadınla vaki olacak münasebeti cinsiyedeki memnuiyet ve mücazat ile muatep tutmuştur.

Misal: 2 — İmamı Azam satış akdini bir kıyas kaziyyesi olarak kabul etmiş ve bir ücret mukabilinde tevdi olunan vediayı muhafaza etmek keyfiyetini, (vediai-mecure) buna kıyas eylemiştir.

Satış (beyi): Bir yüzük satın alan kimse o yüzüğe temellük ederek istimal suretiyle ondan istifade eder. Vedia: (Dépot) Vediayı kabul eden kimse tevdi olunan şeye temellük eder. Vediayı, muhafaza dolayısiyle aldığı ücretten istifade eder. İmam Muhammed de vediai-mecureyi bir kıyas kaziyyesi olarak vefa akdiyle (Gage) mukayese eylemiştir. Vediayı muhafaza eden kimse ona temellük eder, ancak muhafaza için aldığı ücretten istifade eder. Vefa. (Rehin) «gage» Rehini kabul eden kimse rehin edilmiş olan şeye (merhun) temellük eder ve ondan, vermiş olduğu meblağın teminatı olması dolayısiyle, istifade eder.

Misal: 3 — İmamı Azam şer'î bir «asıl» teşkil eden kıyas kaziyyesine istinat suretiyle de hadiseler hakkında hüküm tesis ederdi. Zamanla bu hadisenin mahiyeti daha iyi idrak olunup ta ayni derecede diğer bir «asıl» kaidesine uygun bulunduğu anlaşıldığı halde mahiyeti itibariyle bir tebeddül hasıl olmazdı. Selem gibi. İslâmiyetin ilk zamanlarında yalnız satış (beyi) akdine kıyas edilmiş olmayıp, ayni zamanda bey'in çeşitlerinden biri olarak telâkki olunmuş ve Hazreti Peygamber tarafından da kabul buyrulmuştur. Selem, ekilmiş bir tarla mahsulünün, henüz kemale ermeden tohumların toprak üzerinde baş göstermesiyle satılması keyfiyetidir.

İmamı Azamın talebeleri selemi bir kıyas kaziyyesi olarak kabul etmiş ve beyiden ziyade icare akdinin selem ile kıyas edilebileceğini anlamışlardır. Zira selemde satılan şeyin henüz mevcut bulunmadığını müşahede etmişlerdir. (Arpa ekilmiş bir tarlada zuhur eden ve henüz yeşil ot şeklinde bulunan nebat, yani selem tarikiyle satılan şey, arpa değildir. Bu yeşil otlar, bilâhare kemale geldikten sonradır ki, arpa olacaklardır.) Burada tıpkı icarede olduğu gibi, kiraya verilmiş bulunan şeyin istifadesi, mucir için nasıl, müddeti icarenin sonunda tahakkuk edecekse, selemde de vaziyet aynidir. İşte bu eshabı mucibe iledir ki, İmamı Azamın talebeleri başka bir kıyas kaziyyesi bulmuşlar, fakat mahiyeti itibariyle bu hal şekli, İmamı Azamın bulmuş olduğu hal şekline muhalif bulunmamıştır.

İÇTİHADIN ÜÇÜNCÜ DEVRESİ

İmamı Azam talebelerinin muakkipleri olup, Hanefî Mezhebine dahil bulunan hukukşinasların mesaileri mahsulü içtihatlar; içtihadın

İKİNCİ TASNİF

İbni Kemal başka bir sistem takip etmiş bulunmaktadır. İbni Kemal tatbikini, muhtelif devirlerdeki hukukşinasların edinmiş oldukları içtihatların netayicindeki ehemmiyete istinat ettirmektedir.

Kılâsik ulemanın tasnifi ile, İbni Kemalin tasnif sistemi arasında hiç bir benzerlik mevcut değildir. Binaenaleyh bu iki tarzı tasnifi yekdiğerine yaklaştırmaya imkân yoktur. Her iki tasnifde de kabul edilen tabaka «sınıf» adedi ayni olmakla beraber, tasniflerin istinat ettiği esaslar ayrıdır. Ademi müşabehet esasta bulunmaktadır.

İbni Kemal tasnifinin her hukukşinasa ait mesainin ehemmiyetine istinat etmekte olduğunu söylemiş idik. Şu hale göre bu tasnifte esas; ulemanın edindikleri içtihadın neticesindeki kıymet yani, başka bir deyimle, her hukukşinasın ilmî kudretindeki varlık teşkil etmektedir.

İbni Kemal bu esasa istinat eden tasnifinde, İslâm Hukukşinaslarını iki tabakaya, her tabakayı da ayrıca talî bir taksim olarak, üç sınıfa ayırmaktadır.

Birinci Tabaka:

1 — Dört mezhep imamlarını;

2 — Bu dört imamın talebelerinin sınıflarını ihtiva etmektedir. Bu iki sınıf taksimi yukarda malûmat ita ettiğimiz kılâsik ulemanın tasnifinden farksızdır. Dört imam ile bunlardan Ebu Hanifenin talebelerinin şahsî meziyetleri, dört imam tarafından vaz olunan usullerle Ebu Hanife talebelerinin İslâm Hukukuna ithal etmiş bulundukları yenilikler, başka hiç bir hukukşinasın bunlarla hemseviye addedilerek ayni tabaka ve sınıfa ithaline, esasen müsait bulunmamaktadır.

İbni Kemal tasnifine göre, birinci tabakaya mensup bu iki sınıf ulema çıkarıldıktan sonra, birinci tabakanın üçüncü sınıfına ithal olunan ve ikinci tabakayı teşkil eden diğer üç sınıfa sokulan kimseler, kılâsik ulemanın yukarıda gördüğümüz tasnifinden tamamiyle ayrılmaktadır. Esasen takip edilen esasların ayrı ayrı noktai nazarlara istinat ettiğini görmüş idik.

İbni Kemal birinci tabakanın birinci sınıfında İmamı Ebu Hanife İmamı Malik, İmamı Şafiî, ve İmamı Hanbeli zikretmektedir. Bu tabakanın ikinci sınıfına ise İmamı Azamın büyük birer şahsiyet olan iki tale-

besi İmamı Ebû Yusuf ile İmamı Muhammed'i koymakta ve bunlardan sonra İmamı Azamın kıyasa ait meselelerde en kudretli talebesi olan İmamı Züfer, ve yine müşarünileyhin sual ve fürû meselelerinde kudret sahibi bulunan talebelerinden, Hasan İbni Ziyad, Hammad, 188 hicrî senesinde vefat eden ve yüksek hâkimlik mevkiini işgal etmiş bulunan Esad İbni Amir, Hanefî mevzuatı hakkında mükemmel bir eser bırakmış ve 173 hicrî senesinde vefat etmiş olan Nuh İbni Meryem ile meşgul olmaktadır.

İbni Kemal bunlardan sonra tasnifin diğer tabakasına geçmekte ve aşağıda görüleceği veçhile sınıfları sıralayarak, bu sınıflara dahil kimselerin İslâm Hukukuna ifa etmiş bulundukları hizmetleri işaret etmektedir.

Birinci tabakanın üçüncü sınıfı: Bu sınıfa ait hukukşinaslar, seleflerinin tetkiklerine arz olunmamış bulunan ve binaenaleyh haklarında bir hüküm mevcut bulunmayan şer'î meseleleri halletmişlerdir. Bunlar ne İmamı Azamın usulünden ne de ikinci sınıfa dahil bulunan İmamı Azamın şakirtlerinin hal şekilleriyle uğraşmamış, yeni yeni hukukî meselelerin halline mesai sarfetmiş; nass halinde hüküm mevcut bulunmayan ve kendilerinden evvel gelmiş hukukşinasların el vurmadıkları hususları tetkik eylemiş, ve halleyledikleri meselelere «müçtehidin fi'l-mesail» (Maitres en questions) unvanını vermişlerdir.

Bu sınıfa dahil hukukşinasların başlıcaları şunlardır:

1 — 262 hicrî senesinde vefat eden ve Mücmel adlı eserin sahibi bulunan Ebu -Bekir-Hassaf.

2 — 321 de vefat eden ve bir çok kıymetli eserlerin muharriri bulunan Ebu-afer-El-Tahavî.

3 — Hanefîlerin İmamı olan ve 340 da ölen Ebu-Hasan-El Kerhî. Bir çok eserleri meyanında «Meb'sut»en meşhurudur.

4 — 449 da vefat eden ve Hanefîlerce usul hocası diye yad olunan, Şemsül'eimme Hulvanî.

5 — 483 de ölen ve bir çok eserleri meyanında İslâm Hukukunun, usul ve tatbikatını cami «Mutavvel» isimli eseri pek meşhur olan Şemsül'eimme Serahsî

6 — 481 de vefat eden, ve büyük bir eserle beraber İmamı Muhammedin Camiü's-Sağir'ine haşiyeler yazan, Fahrü'l-İslâm Pezdevî

7 — 592 de vefat eden Fahrüd-Din Kadıhan. En meşhur eserî bir fetva mecmuası olan «Fetva»dır. İmamı Muhammedin Camiu's-Sağir'-ine bu zat da bir şerh yazmıştır.

İbni Kemal, ikinci tabakanın birinci sınıfına daha evvelki müçtehit-lerin halletmiş bulundukları meseleleri, daha ziyade inkişaf ettiren hukukşinasları ithal etmektedir. Bunlara «Ashabı Tahriç» (Maitres-extracteurs) denilir. Bunlar halledilmiş bulunan şer'î ve hukukî meselelerden daha açık bir mana istihraç eder, mevcut manayı daha açık bir hale ifrağ eylerler. Birinci tabakanın ilk iki sınıfına dahil bulunan müçtehitlerin içtihad kabiliyetini hiç bir surette haiz değildirler. Ancak, büyük fakîhler tarafından müesses usul, kaide, ve şer'î menbalara derin bir surette vukufları dolayısiyle, mezhep imamları veya ikinci sınıfa dahil müçtehitlerin, iki manaya mahmul olabilecek içtihatlarını tavzihe muktedirdirler.

Kezalik hükümlerde iki manaya mahmul olabilecek olanları da tavzih edebilirler. Bütün bu hususları İmamı Azamın vaz etmiş bulunduğu usul ve kaidelerden zerrece ayrılmamak suretiyle ifa ederler. Şu zevat, bu sınıfa dahildirler:

1 — 330 hicrî senesinde vefat eden Ebu Hasan -El-Eş'arî.

2 — İmamı Huda diye yad olunan 330 da vefat eden ve Hanefî akaîdinin üstadı telâkki edilen Ebu-Mansur-el-Matüridî.

3 — Abbasîler zamanında Mısır kadısı bulunan ve 370 de vefat eden Ebu-Bekir İbni Kuteybe. Şafiîlerin Hanefilere karşı olan noktai nazarlarını büyük ilmî kıymeti haiz bir eserle redd ü cerh eylemiştir.

İkinci tabakanın ikinci sınıfına «Ashabı Tercih» dahil bulunmaktadırlar. Bu zevat, bir mesele hakkındaki muhtelif hal şekillerinden, iktidarları dahilinde mesaî sarf etmek suretiyle, hangi hal şeklinin o fiile daha münasip bulunduğunu tefrik ederler. Muhtelif hal şekillerinden tercih suretiyle, birisini kabul ettikleri için bunlara «Ashabı Tercih» unvanı verilmiştir. Bu sınıfa dahil başlıca zevat şunlardır:

1 — 436 hicrî senesinde vefat eden Ebu-Hasan El Kudûrî. «Muhtasar» unvanlı füru'a ait kıymetli bir eseri mevcuttur.

2 — Sahibü'l-Hidayet diye yad olunan ve «Hidaye» isimli eserin müellifi bulunan Şeyhü'l-İslâm Bürhanü'd-Din. 593 de vefat eden bu zatın furu'a ait «Hidaye» isimli eserinden başka bir çok eserleri daha vardır.

İkinci tabakanın üçüncü sınıfına «Ashabı Temyiz» dahildir. Bunla-

rın meşaileri, bilhassa mezhepte mevcut efkârî kaviyye ile efkârî zaifeyi (kavli zayıf-kavli kavi) yekdiğerinden tefrik ve temyiz etmeye münhasırdır. Kezalik Hazreti Peygambere ait akvâl ve harekâtın da, intikal ettirilen menbalara göre, kat'î sarahat ile nakledilmiş bulunanlariyle zayıf delile müstenit bulunanlarını da, yine bunlar tefrik ve temyize çalışmışlardır.

Müellifleri müteehhirinden addolunan «Mütunu Erbaai Mutebere», bu sınıfa dahildir.

Bu sınıfa dahil zevat şunlardır:

1 — 710 hicrî senesinde vefat eden ve «Kenz» adlı eserin müellifi bulunan Ebu-Bekir-en-Nesefî.

2 — 683 de vefat eden ve «Muhtar» adlı eserin müellifi bulunan Ebu-Fazıl Mecdü'd-Din.

3 — 712 de vefat eden ve «Vikaye» adlı eserin sahibi Mahmut İbnî Sadrü'ş-Şeria.

4 — 694 de vefat eden ve İbni Saatî diye tanılan «Mecmuatü'l-Bahreyn» isimli eserin müellifi İmamı Muzaffer'üd-Din.

Bu dört zat eserlerine ne şüpheli bir haber, ne de tereddüdü mucip bir hüküm ithal etmemişlerdir.

İşte İbni Kemalin tasnifi bundan ibarettir. Bu taksim, 1881 de İstanbulda birinci cüzü neşrolunan «Ufuk» da intişar etmiştir.

Bu tasnifte İslâm fukuhasının her birisi üç sınıfa ayrılmış, iki tabaka halinde mütalâa edildiği görülmektedir. İbni Kemal, bu iki tabakayı teşkil eden altı sınıf fukuhadan hariç, bir yedinci sınıfı daha mütalâa mevzuu ederek, bu sınıfa dahil olanlardan oldukça şiddetli bir lisanla bahsetmektedir. İbni Kemalin bunlara ait mütalâası aynen şöyledir. «Bunlar şişmanı zayıftan, sağı soldan tefrik etmek kabiliyet ve iktidarında değillerdir. Eserlerine, insicam ve tasnife bakmaksızın hiç bir zekâ kabiliyeti, göstermede, bir çok malûmat yığmışlar, ve bu işi: tıpkı bir oduncunun, (Hâtibü'l-leyyl) sağdan soldan sağlamına ve çürüğüne bakmadan topladığı odunları yığın yapması halinde ifa etmişlerdir.»

* * *

İşte İslâm Hukuku İçtihadını meydana getiren fukuhanın efradını câmi, ağyarını mani olan iki tarzı tasnifi bundan ibarettir. Birinci tasnif, içtihad edinmekte üstad sayılan zevatın takip etmiş bulundukları muhte-

lif usuller hakkında bir fikir vermektedir. Bu usullerin «Tercih-Préférence», «Temyiz-Epuration», «Tatbik veya Tahriç — Assimilation», «Taklit — İmitation» olduklarını yukarda görmüş bulunmaktayız.

İkinci tarzı tasnif ise, en meşhur hukukşinasların edindikleri içtihatların neticeleri itibariyle kıymet ve ehemmiyetine göre, yapılmış bulunmaktadır.

Buraya kadar vermiş olduğumuz izahat okuyuçuya, hukukşinasların içtihad ile, içtihadın neticeleri hususundaki mesaileri hakkında bir fikir vermiş olacaktır.

Bu bahse hitam vermeden önce, İslâm hukukçularının İslâm Hukuku hususundaki tasniflerine tamamiyle sadık olmak gayesiyle, İslâm fakihlerinin ayrı ayrı tasnif olarak, ikiye ayrıldığını işaret etmek isteriz. Bu tasnife göre birinci sınıfı teşkil edenler, münhasıran din ve mezhebe ait hususlarla iştigal eden fukahadır. Bunlara (Müçtehün-fi'l-itikat) denilir. İkinci sınıfa, bilhassa cemiyeti teşkil eden insanların menfaat ve münasebetlerini tanzim eden ve hukuk mevzuatiyle iştigal eyleyen fakihler girmektedir ki, bunlara da (Müçtehidün-fi'l-Umur denilmektedir.

F'ETVA

(Avis doctrinal)

Müçtehitler tarafından ittihaz olunan içtihadın ifadesi şekline (Fetva-Avis doctrinal) denilir. Şu tarife göre fetva, içtihatla husule gelen neticelerin, ifade haline konulması için bir vasıtadan ibarettir.

İslâm kazaî ve adlî içtihadını teşkil eden bütün hal şekilleri, bu güne kadar değişmez bir formüle raptedilmiştir ki bu da, «Fetva»dır.

Gerek İmamı Azam gerekse müşarünileyhin talebeleriyle diğer mezhep imamları ve onların muakipleri, hatta zamanımız fukuhası dahi, hep bu usul ile, fetva formulü ile edindikleri içtihatlara ifade kabiliyeti vermişlerdir. Fukuhanın fikrî mesaileri olan içtihad, fetva mekanizmasının tetkikine tabi tutulduktan sonradır ki, İslâm Hukukunda maddî bir tezahür iktisap eder.

Fetva kelimesi, İslâmiyetten evvel de Arap lisanında mevcut bulunmakta idi. O zaman da hukukî bir tabir olarak kullanılmakta, ve her hangi mafevk bir makamdan istizan olunan suallere karşı vaki cevaplara it-

lak olunmakta idi. Kur'anda mevcut bir ayet de bu hususu ipbat etmektedir. Ayette: «Senden bir mütalâa sorarlarsa, de onlara ki, Allah size bu hususta yol göstermiştir.» denilmektedir. Bu ayette «Sorarlarsa» manasına olarak «Yesteftûneke» kullanılmıştır ki, «Fetva» aslından gelmektedir. Eğer sual sorarlarsa kasdedilmiş olsa idi, yes'elûneke denilmek iktiza ederdi. Yestefdûneke denildiğine göre, yüksek bir makamdan istizan manası kasdedilmiş demektir.

Birinci cildin tarihî malûmat kısmında İslâm Hukukşinaslarını üç nesle ayırarak bunların ashab, tabiin ve tebei tabiin olduklarını söylemiş, ve bu üç neslin müteakip nesillerde gelen hukukşinaslar üzerinde İslâm Hukukunun öncüleri olmak gibi bir mümtaziyet ile muttasıf bulunduklarını ilâve etmiş idik. Bu üç neslin haricindeki fukaha; fetva yolu ile mesele halli hususunda muhtelif tabakalara mensup, zamanımıza kadar yekdiğerini takip eden, ilim adamları olarak telâkki edilmektedirler. Bunların bir kısmına mütekaddimin, diğerlerine de müteehhirin denilmektedir.

Müteehhirin, kendilerinden evvelki fukaha devrinde zuhura gelmemiş ve binaenaleyh bir hal şekli bulmamış olan meseleler hakkında fetva vermek hakkını haiz oldukları gibi; o devirlerde mevcut olupta haklarında bir hüküm tereddüp etmemiş bulunan meseleler için de bu hakka, yani fetva vermeye selâhiyetlidirler.

İmdi; her fakîh fetva vermeden evvel, kendisine fetva verilmesi için arz olunan meselenin, kendinden evvelki nesle mensup fakîhler tarafından bilinip bilinmediğini araştırmak mecburiyetindedir. Eğer bilinmeyen bir mesele ise, halle tevessül ederek mahsus kaidelerine göre bir fetva ita eder. Verilen bu fetvanın, kazaî içtihadı zenginleştirmesi ve içtihatlar mecmuasına yeni bir hüküm ilâve etmesi dolayısiyle, teşrîî bir mahiyeti vardır.

Diğer bir meseleye müşabih bulunan bir meselenin arzı halinde, ya kıyas usulü tatbik edilmek suretiyle mesele halledilir; veyahutta malûm «asıllar» dan birisine istinat ettirilmek veya usule göre, menbalardan istihraç edilen delillere tatbik edilmek üzere meseleye doğrudan doğruya cevap verilir. Eğer mütehhirinden bulunan fakîhe arz edilen mesele, kendinden evvelki fakîhler tarafından malûm ve mahlûl ise fakih, bu hal şekli ile mahdud ve mukayyettir.

Bununla beraber mütekaddimin tarafından halledilmiş bulunan meseleler hakkında, müteehhirinin yeniden fetva vermek selâhiyeti mevcut olduğu ahval de vardır.

O haller şunlardır:

1 — Mütekaddimin arasında fikir ihtilâf ve iftirakı bulunan meseleler.

Bu halde: A — Mütekaddimin tarafından verilen fetvalarda mevcut «Elfazı şer'iye-Termes légaux» arasında ihtilâf mevcut ise;

B — Ayni mevzudaki meseleler için fikir ayrılıkları var ise; (İftirakı efkâr)

Birincisine misal: Hazreti Ömerin, büyük babanın bıraktığı mirastan kız torunun (Oğlunun kızı) haklarına ait meselede, vermiş bulunduğu reyde olduğu gibi. Hazreti Ömerin bu reyi tabiinden Hasan-el-Basrî tarafından mutlak olarak intikal ettirilmiştir. Yine tabiinden bulunan Ebu-Nezir-el-Kûfî, Hazreti Ömerin bu reyini; büyük babanın hemşire veya biraderinin erkek evlâdı olmamak kaydiyle mukayyet olarak, intikal ettirilmiştir. İntikal ettirme keyfiyetinin bu şekli nazara alındığı takdirde, birincisi için verilecek fetvanın sual ve cevabı şu şekilde olacaktır.

Sual: Zeydin oğlu Bekirin kızı Zeynep, büyük babası Zeydden tevarüs eder mi.?

Cevap: Allahü Alem evet.

İkincisi için verilecek fetvanın sual ve cevabı da şöyle olacaktır:

Suâl: Zeydin oğlu Bekirin kızı Zeynep, Büyük babası Zeydden tevarüs edermi.?

Cevap: Şarta bağlı olarak. Eğer Zeydin birader ve hemşirelerinin erkek çocuğu yok ise evet.

Ayni mesele şu suretle de vaz olunabilir.

Suâl. Zeydin hemşire ve biraderlerinin erkek çocuğu var ise, zeydin oğlu Bekirin kızı Zeynep, Büyük babasından tevarüs edebilir mi.?

Cevap: Hazreti Ömerin reyini mutlak olarak intikal ettiren Hasan-el-Basrîye göre, evet. Aynı reyi mukayyet olarak intikal ettiren Ebu-Nezir-el-Kûfî ye göre hayır.

Burada ihtilâf, Hazreti Peygamberin en yakın sahabelerinden birisisine ait reyin elfazındadır. Hasan-el-Basrî ile Ebu-Nezir-el-Kûfî yi ta-

kip eden hukukşinaslar, bu tereddüdü izale için içtihad edinmek mecburiyetinde kalmışlardır. İmamı Azam, bir fetva ile müteveffa Zeydin birader ve hemşiresinin erkek evlâdı olsa dahi, oğlu Bekirin kızının mirasda hissesi olacağına içtihad ederek meseleyi halletmiştir.

İkinçisine misâl: Borçlu olarak ölen ve hali hayatında hukukî bir hüküm ifade eyleyen bir akitle bedeli ödenmemiş bir ev satın alan kimse hakkında, İmamı Azam tarafından ita olunmuş olan bir fetva; İmamı Muhammed ve İmamı Züfer tarafından iki muhtelif şekilde intikal ettirilmiştir. İmamı Muhammede göre, İmamı Azam bu hususdaki içtihadında, bedeli ödenmemiş olan evin müteveffa için iktisabî bir hak teşkil edeceğine ve binaenaleyh müteveffaya evi satmış olan kimsenin, alacağı mirasdan alacaklı bulunanlar meyanında istihsal edebileceğine karar vermiştir. İmamı Züfere göre ise, evi müteveffaya bedelini almadan satmış bulunan alacaklının mirasda hakkı rüçhanı vardır.

Müteveffanın servetinden evvelâ bunun alacağı verilir, diğer alacaklılar müteveffanın mütebaki serveti üzerinden hisselerini alırlar. Bu hususta bir muhakkik olarak tanınan İbni Kemal, bu mesele hakkında İmamı Muhammed tarafından intikal ettirilen metni red etmiş, İmamı Züfer tarafından naklonunan metni kabul ederek, kendisinden sonrakiler için bu hal şeklini esas (müftabih) ittihaz eylemiştir.

2 — Ayni mesele hakkında ayni müçtehidin yeni «cedid» ve eski «kadim» fikirleri arasında ihtilâf mevcut olduğu, yani ayni hukukşinasın ayni mesele hakkında eskiden edindiği içtihad ile yeniden edindiği içtihat arasında muhalefet bulunduğu taktirde misal:

İmamı Azam, Mukaddem bir içtihadla, satılan şey (mebî) muhtelif bölümleri havi bir bina olduğu halde müşteri, bu bölümlerden yalnız birisini görmek suretiyle akdi icra etmiş ise, akdi müteakip diğer bölümleri de görünce Hakkı Hıyar (Droit D'option) sahibidir. Dilerse akdi kabul, dilerse fesh eder, şeklinde bir karara varmıştır.

Bilâhare vermiş olduğu bir rey ile İmamı Azam, bu fikrinden vaz geçerek aksi reyde bulunmuş ve binanın bir şubesini görerek binayı satın alması halinde, müşteri için artık hakkı hıyar bahis mevzuu olamayacağına içtihad etmiştir. Meseleyi bu şekilde ikinci bir şekilde görmüş, eski fetva ile kervansaraylar gibi binalara tanınmış bulunan vaziyeti tahdide uğratmakta idi. Buna sebep de bu devirde gayri menkullerin

sağlamlığı temin için gerek eb'ad ve gerekse şekil bakımından ayni taksimatı ihtiva etmesi ve bu taksimatın tamamiyle birbirine benzemiş bulunması idi. İmamı Azamın talebelerinden bulunan iki imam «İmameyn», maşürünileyhin bu iki fetvasından birincisini meseleyi halle daha muvafık, ve evfak buldu ve bu birinci fetvanın müftabih olacağını kabul ettiler. Bu suretle «Satılan şeyin bir kısmını görmek, tamamını görmek değildir.» vecizei hukukiyesi meydana gelmiş oldu.

* * *

Ayni meseleye ait ayni müçtehit tarafından ittihaz olunan reylerdeki ihtilâflar iki nevidir. Birinci neve dahil bulunanlarda müçtehit, ayni meseleye ait birinci reyini terk ederken mucip sebeblerini, kendisini fikir değiştirmeye sevk eden şaikleri bildirir, ve her iki reyini telif edebilecek hususları da zikreder. İkinci neve dahil bulunanlarda müçtehit, böyle bir harekete lüzum görmeyerek, mucip sebebler için mesai ibraz edip etmediğini göstermez.

İkinci reyleriyle tamamiyle mükemmel bir rey ittihaz eden (Müftabih) müçtehitler, bu ikinci reye vasıl olmak için bir çok usul kaidelerine müracaat suretiyle mesai ibraz eyleyenlerdir. Müracaat olunan bu usul ve kaidelerin en çok istimal edilenleri şunlardır:

1 — Nakz (Annulation)

2 — Tahsis (La restriction du sens ou de la portée)

3 — Tamim (Extension du sens ou de la portée)

4 — Hususî (Spécial) olan bir fetvanın icmalî (Collectif) hale ifrağı.

5 — Manası müphem bulunan bir fetvanın tefsir (Annotation) yolu ile açıklanması. Misal:

İmamı Azam önce edindiği bir içtihadı hukukî ile abdest alan bir kimsenin vücudundan akan su, (vücudün neresi olursa olsun) ne temiz (tahir) ne de temizleyicidir, (mutahhir) reyinde bulunmuştu. Muahhar bir içtihad ile bu içtihadından feragat ederek, tahdidî bir şekle ifrağ etmiştir. Bu ikinci reyine göre abdest alan bir kimsenin ancak mahalli necis (pislik yerleri) olan yerlerinden akan su, ne temiz (tahir) ne de temizleyici (Mutahhir) dir. Vücudun sair mahallerinden cereyan eden su temizdir. Yani bir kimsenin veya bir şeyin üzerine sıçrar veya akar-

sa o şeyi telvis eylemez. Ancak temizleyici yani Mutahhir değildir. Pislenmiş bir şey, bu su ile yıkanıp temizlenemez.

Diğer misal: Hazreti Ömer, bir hadîsi peygamberîye müsteniden, evli olmayan kimselerin, gayri meşru olarak vaki cinsî münasebetlerinin şiddetle tecziye edilmeleri lâzım olduğuna içtihad etmiş idi. Bu içtihad üzerine, bu suretle cürüm işleyen birisini, yüz değnek vurarak darp ettikten sonra nefyetti. Muahhar bir içtihad ile nefiy cezasını kaldırdı. Bunun için hali hayatta bulunan ashabı icma suretiyle toplayarak birinci içtihadı edinmek için istinat ettiği esbabı mucibeyi anlattıktan sonra; ikinci içtihadının mucip sebeblerini, emri Pegamberîye nazaran ahkâmı kanuniyenin zamanın ilcalarına uygun bulunması yolunda muhatablarına izah eyledi.

İkinci nev'e dahil bulunan müçtehitlerin içtihatlarında, ihtilâf sebebleri meçhuldür. Bunların ilk fetvalarını verdikleri zaman, bu fetva üzerinde çalışıp çalışmadıkları belli değildir. Binaenaleyh ilk fikirlerini değiştiren hususları, bazı hususî muamelelerin veya nev'i şahsına münhasır ef'alin tevlit ettileri zaruretlere hamletmek ve ikinci fetvayı vermelerine saik olan esbap ve zaruretleri taharri etmek mecburiyeti vardır. Misal: Bu hususu izah için İmamı Azamın gayri menkul satışı hakkında ittihaz ettiğini yukarda gördüğümüz iki ayrı içtihad, en güzel misaldir. Bir hayli mesai sarfı suretiyle kervansaraylar gibi hususî bir takım esbabın İmamı Azamı böyle bir karar ittihazına sevkettiği anlaşılmaktadır.

Diğer Misal: İmamı Azam ile talebesi İmamı Muhammed, denizde yaşayan hayvanları, insanların bu hayvanlardan istifadeleri bakımından, üç nev'e ayırmışlardır. Bu tasnife göre denizde yaşayan hayvanlardan, karada yaşayan ve haram diye tavsif edilmiş bulunanlara benzeyenler haram, karada yaşayan hayvanlardan mekruh diye tavsif edilmiş bulunanlara benzeyenler mekruh, ve kezalik karada yaşayan hayvanlardan helâl olarak tavsif edilenlere benzeyenler helâldir.

İmamı Ebû Yusuf bidayette bu fikre taraftar iken, bilâhare buna muhalif bir içtihada sahib oldu. Ve bu fikrini şu esbaba istinat ettirdi; denizde yaşayan hayvanların mekruh veya haram olmaları, karada yaşayan ve haram, mekruh diye tavsif edilmiş bulunan hayvanlara benzemelerinden değil, bizatihi bu sıfatla muttasıf bulunmaları dolayısiyle

olabilir. Şu hale nazaran denizde yaşayan hayvanların karada yaşayan ve haram, mekruh diye tavsif edilmiş hayvanlarla müşabehetleri tam olmadığı için, bunların mekruh veya haram diye tavsiflerine imkân yoktur. Binaenaleyh bilumum denizde yaşayan hayvanlar, insan gıdasını teşkil edebilirler. İmamı Ebû Yusuf bu reyde bulunurken vaziyetin ilcalarına tabi olmuş, ve Akdeniz, Kızıldeniz, İran körfezi ve bilhassa Şattülarap kıyılarında sakin İslâm kitlesini nazarı itibara almıştır. Asrî hazır fukahası ise İmamı Azamın deniz hayvanatından bazılarını mekruh addeden esbabı mucibesini müftabih addeylemekte bulunmuşlardır.

3 — Müteehhirinden bulunan müçtehitler kendilerinden evvelki fukahanın kabul etmiş bulundukları hukukî hükümlerin muamelâtı hukukîyeye tatbik edilmemiş olmaları dolayısiyle neticelerinin meçhul kalmış bulunduğu ahvalde, bu kanunî hükümler hakkında müftabih olacak fetvalar ısdar edebilirler. Misal:

Füru'a yani tatbikata mütedair bütün eserler, satış akdinde tarafların akdi kabul veya feshi hususunda, hıyar hakkı olarak altı sebebin mevcudiyetinden bahsederler.

Bu altı sebep, altı türlü hıyar hakkını vücude getirir (Osmanlı kanunu medenisini tanzim eden zevat «hıyar» lâfzının manasını Fransızca Option kelimesinin manası gibi almışlardır «Option», tarafların satış akdini ya tasdik veya fesh etmek için muhafaza ettikleri irade serbestisidir. «Hıyar» kelimesinin hakikî manası ise, sözden nükûl etmek serbestisidir. Sözden nükûl edilmediği taktirde, satış akdi tasdike hacet kalmaksızın, bütün neticelerini hasıl etmiş olur).

Satış akdinde hıyar hakkını vücude getiren esbap altıdır;

1 — Hıyarı vasıf: Satılan şeyin vasfında mevcut hata dolayısiyle kullanılır. Sütlü olarak satılan ineğin sütsüz çıkması hali gibi.

2 — Hıyarı nakit: Tediye şartlarına ademi riayet.

3 — Hıyarı ta'yin: Müşterinin görüp beğenmek suretiyle içlerinden birini alması şartı ile, muayyen bir fiat mukabilinde müteaddit şeylerin satılması.

4 — Hıyarı rüyet: Müşterinin görmeden bir şeyi alması hali.

5 — Hıyarı ayıp: Sattığı şey mukabilinde çürük para veya kıymeti noksan nakit almış olursa satıcı da, alıcı gibi ayni hakka maliktir.

Kezalik «gabni fahiş - Lesion excessive» de kanunda yazılı hallerde, akdin infisahını istilzam eder,

6 — Hıyarı meşrut: Kanunen tanılan veya taraflar arasında kararlaştırılan şartlara mahsus hakkı hıyar.

Beyi' akdine ait bu altı hakkı hıyardan yalınız üçü icare (Kira) akdine de kabili tatbiktir. Bunlar da hıyarı ayıp, hıyarı rüyet, hıyarı nakittir. Beyi akdine mahsus olan diğer üç hıyar hakkının kira akdine de tatbik edileceğine dair mütekaddiminden müteehhirine hiç bir malûmat intikal ettirilmemiştir. Bununla beraber müteehhirin, mütekaddiminin bey'e mahsus altı türlü hakkı hıyarı bildiklerini ve ayni zamanda icare akdinden de malûmattar olduklarını, bilmekte idiler. Kezalik bey'e mahsus altı nevi hıyar hakkından üçünün icare akdine de tatbik edilmiş olduğunu biliyor, fakat bey'e ait altı türlü hakkı hıyardan icareye üçünün tatbik edilip te diğer üçünün tatbik edilmemesi hakkında malûmat sahibi bulunmuyorlardı. Kezalik icare akdine, bey'e ait altı türlü hıyar hakkından üçünün tatbik edilmemesi için mütekaddiminin ittifak halinde bulunup bulunmadıkları hakkında da malûmat sahibi değillerdi. Bunun için müteehhirin, bey'i akdine ait bilumum hıyar haklarının icare akdine de kabili tatbik olduğuna dair, fetva yolu ile karar verdiler. Bu kararı ittihaz için istinat ettikleri delil, Hazreti Peygamberin; «İslâmiyette zarar ve izrar yoktur.» hadisi şerifi idi. (Zarar, şahsın zatî fiili ile husule getirdiği ziyan, zirar ise ahere iras olunan ziyan, yani izrardır.) Diğer üç hıyar hakkının icare akdine tatbik edilmemesini, müminler için bir zarar addedmişlerdi.

Bu hadîs, bir delildir. (Preuve). Hukukşinaslar, (fakîh) bu delilden icare akdini alâkalandıran birisi umumî, diğeri hususî iki usul çıkarmışlardır.

Umumî usul (Assise génèrique). Muamelâtı beşeriyeden her hangi birisinin sıhhatini temin eden şartların, ayni mahiyetteki mümasil hukukî muamelelere tatbik edilmemesi, İslâmiyette zarar husulünü intaç eder.

Hususi usul (Assise Spéciale). Beyi' akdine mahsus altı türlü hıyar hakkını bu akdin bir benzeri bulunan icare akdine tatbik etmemek, zarar husulünü intaç eder. (Adlî muameleleri tahdit eden ve hukukşinaslara arz edilen meselelerin hallinde güçlük tevlit eden, kanunun her

nevi noksanlarının bir zarar sebep ve amili bulunduğu İslâmiyetçe kabul edilmiş bulunmaktadır.

4 — Müteehhirin tarafından, kendilerinden evvelkilerce benzerleri tavsif edilmiş olmakla beraber, tamamiyle onlara benzemeyerek bir yenilik vasfını haiz bulunan hukukî meseleler hakkında da fetva verilebilir. Bu kabil meseleler için verilecek fetva, mütekaddimin bu meselelerin benzerleri için istinat ettikleri umumî kaidelere istinat etmek suretiyle verilir. Misal: Mezhep imamı bulunan fukaha, mevcut olmayan bir şeyin satılmasının bir hüküm ifade etmediğini, umumî bir kaide olarak vaz etmişlerdir. Müteehhirin bu mahiyette bir satış akdinin meşruiyet ifade etmeyeceğini bilmektedirler. Binaenaleyh, bilfarz şöhret veya şerefin satılmış olması halinde, bunun bir hüküm ifade etmediğini fetva yolu ile ifade edebilirler. Bunun için istinat ettikleri kaide, kendilerinden evvelkilerin, yani mütekaddiminin vaz etmiş olduğu umumî kaidedir ki, o da mevcut olmayan, yani insanın beş hassası ile, mazi, hal ve istikbalde bir kıymet izafe edilemeyen satış akdinin mevcudiyet ifade etmediğine mütedairdir.

* * *

Yukarda da söylendiği gibi, mevcudiyetleri mütekaddimin zamanında malûm olmayan hâdiseler hakkında, müteehhirinin fetva vermek mecburiyetleri vardır. Kezalik müteehhirin, zamanlarında zuhura gelen bilumum yeni meseleleri, İslâm Hukuku mevzuatı içerisine sokarak fetva yolu ile halletmek mecburiyetindedirler. Bu mesailerinde takip edecekleri iki yol mevcuttur: Ya bu günkü hadisat ve muamelâta, kendilerinden evvelkilerin müşabih bulunan mesaide tatbik ettikleri hükümleri tatbik eder; yahut ta bu muamelât ve hadisata içtihat suretiyle (Effort législatif) yeni bir hal şekli verirler. Bu suretle içtihad edinecekleri zaman halli matlup meseleleri malûm bulunan «Asıl»lar üzerine bina ettirerek hukukî vasfını, menbalardan istihraç ettikleri şer'î delillerle tayin ve tesbit ederler. Misal: Kanun vazıı resmen vekil tayini hususunu yalnız, mirasın taksiminde kabul etmektedir. Hâkim, hazır bulunan mirasçıların, taksimin geç kalması dolayısiyle zarardide olacaklarını takdir ettiği takdirde, hazır bulunmayan mirasçıyı resen tayin edeceği ücretsiz bir vekille temsil ettirebilir. Böylelikle mirasın taksimi, mevcut olmayan mirasçının gıyabında icra olunur. Bu gibi hallerde hâkim tarafından resen tayin edilecek vekile, vekili musahhar (Rep-

resentant par corvé) denir. Zamanımızda Osmanlı Hukuk Usulü Kanununu hazırlayan komisyon, içtihad suretiyle bu hükmü tevsi etmiş bulunmaktadır. Bu tevsi ile dava olunan meşru mazereti olmaksızın mahkemede hazır bulunamadığı hallerde, mahkeme resen (Par corvé) davacının vukubulacak teehhür dolayısiyle zarardide olmamasını teminen, bir vekil tayin edebileceği kabul olunmuştur. Bu kaideyi hukukiyenin doğru olup olmadığını münakaşadan ihtiraz ederiz.

MUKADDİME

Mukaddime; İslâm teşri usulünün mevzu, öz, gaye ve faidesini bildirmek suretiyle tarifini vücude getirir. İslâm Hukuku Mevzuatının belli başlı dört menbaını mülâsatan tetkik ederek talî menbaları tam bir şekilde mütalâaya çalışır.

Mukaddime; aşağı yukarı İslâm Hukukî Mevzuatının ilk basamağı mesabesindedir. Arap müellifleri, bilhassa halife Abdurrahmandan sonra gelenler (Hicri 350 senesi) in hemen hepsi ilmî mahiyet taşıyan eserlerinin baş tarafına daima böyle telhis edilmiş, başlıca mevzuları icmal eden, bir kısım koymayı faideli telâkki etmişlerdir. Böylelikle ilim mabedine girmeye çalışan yabancı, bu husus için hazırlanmış olmaktadır.

TEŞRİ USULÜ (USULÜ FIKIH) NÜN TARİFİ

İslâm teşri usulünün (Usulü Fıkıh) tarifi pek çoktur. Biz burada bu tariflerden yalınız ikisini tetkikle iktifa edeceğiz. Bu tariflerden birisi İmamı Azama ait olup diğeri Hanefî Mezhebine mensup zamanımız fukahasının tarifleridir.

Birincisi, yani İmamı Azama ait olan tarif, umumî olarak malûm olup, «insanın hak ve vazifelerini öğrenmesi» suretinde telhis olunabilir. Bu tarif; tarif edilmek istenilen «Usulü Fıkıh» tarifinden daha geniş bir manayı muhtevi bulunmaktadır. Zira hukukî mevzuatın her ikisini de ihtiva etmektedir. Esasen başka türlü olmasınada imkân yoktur. İslâm Hukukunun en büyük islahatçısı bulunan İmamı Azam, bu hukuku meydana getirirken usul kaidelerini, tatbikata mütedair kaidelerden ayırmağa imkân bulamayarak tedrisat ifa etmiştir. Binaenaleyh tarifi yaparken de, eserini bütün şümulü ile tarif eden bir tarif yapmıştır.

Esasen yukarda izah ettiğimiz veçhile, Ebu Hanife her fetvayı ita ederken yalnız bu fetvanın mucip sebeblerini izah etmekle iktifa etmez, aynı zamanda istinat ettiği şer'î delilleri ve bu şer'î delilleri çıkarmak için müracaat ettiği menbalarla kullandığı usul, kaide ve mantık sebeblerini de izah ederdi.

Hanefî mezhebine tabi zamanımız usuliyyununun tarifi ise: «Teşri Usulü (Usulü Fıkıh), ef'ali beşeriyeyi tavsif eden şer'î hükümleri, menbalardan istihraç ettiği hususî delillerle ispat eden ve bunları şüpheden azade bir hale koyan İslâm Hukukunun (Fıkıh) bir şubesidir» tarzındadır.

Bu tarif, mahduttur. Teşri Usulü (Usulü Fıkıh) yalnız şer'î deliller vasıtasiyle insan ef'alinde mevcut şer'î hükümleri ispat ile kalmayıp, aynı zamanda bu hükümlerin kudsî menbalarda mevcut olduğunu da ispat etmektedir. Başka bir deyimle Teşri Usulü (Usulü Fıkıh), evvelemirde menbalardan şer'î hükümleri istihraç etmekte ve bundan sonradır ki, ef'ali beşeriyenin her birisinin bu hükümlerden hangisini haiz bulunduğunu, deliller vasıtasiyle ispat etmektedir. Unutmamak lâzımdır ki, hukukun bu şubesi, bize her şeyden evvel, mezhep sahibi bulunan fukuhanın şer'î delil ve hükümleri menbalardan istihraç için müracaat etmiş bulundukları usul ve kaideleri öğretmektedir. Kezalik bu fukuhanın yine ayni menbalardan, hüküm istihracı için baş vurdukları mekanizmayı, ve her mezhep sahibinin kendi metodunu ne gibi esaslara istinat ettirmiş bulunduğu da yine hukukun bu şubesinden öğrenilmektedir.

Yukarda zikredilen ve zamanımız Hanefî fukahasına ait bulunan tarifin bu hususları, muhtevi bulunmadığı görülmektedir. Aşağıda kayıt ettiğimiz tarifin bizce İslâm Teşri Usulü (Usulü Fıkıh) hakkında daha salim bir fikir vereceğini zannetmekteyiz. Bu tarifi, muhtelif tariflerin fikri tavzih edecek kısımlarını toplamak suretiyle, biz kendimiz yapmış bulunmaktayız.

«Teşri Usulü (Usulü Fıkıh) İslâm Hukukunun (fıkıh,) ef'ali beşeriyenin muhtevi bulunduğu şer'î hükümlerle, adlî ve hukukî hakikatlerin delillerini menbalarından bulmayı ve bu hüküm ve delillerin bu menbalardan ne suretle çıkarıldığını öğreten. bir şubesidir. Kezalik bundan başka insan ef'ali ile, insanın istimaline mahsus eşyayı ve insa-

nı ihata eden mevcudatı, islâmî olarak vasıflandırmak için takibi lâzım gelen usul ve kaidelerle, bunlara mahsus şer'î hükümlerin her birisine ayrı ayrı tatbikini öğreten de hukukun yine bu şubesidir.»

TEŞRİ USULÜ (USULÜ FIKIH)NÜN MEVZUU

Teşri Usulünün (Usulü Fıkıh) mevzuu hakkında büyük İslâm hukukçularının efkârı dörde ayrılır:

1 — İmamı Gazalî ye göre, teşri usulünün mevzuu, insan ef'alinin istilzam ettiği şer'î hükümler ve bu hükümlerin deliller vasıtasiyle isbatı suretidir. (İmamı Gazalî hukuk ve felsefe üstadlarındandır. 505 hicrî senesinde vefat etmiştir).

2 — İmamı Âmidîye göre, bu mevzu, şer'î hükümlerin istihraç olunduğu menbalardan alınma delillerden ibarettir. (Âmidî 474 hicrî senesinde vefat etmiştir. "Ahkâmül-usul,, adlı eseri ile meşhurdur).

Bir kere daha işaret etmiş olduğumuz gibi, Arap fukuhası delil bahsini menbalara teşmil etmiş bulunmaktadırlar. Burada bahis mevzuu edilmek istenilen menbalar; Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyası Fukahadan ibarettir. Filhakika bütün İslâm Hukukundaki metod, şer'î deliller, insan ef'alini tavsif eden ahkâm, usul ve kaideler; ya doğrudan doğruya bu menbalardan alınmışlar, ve yahut ta yine bu menbalardan alınmış bulunan «asıl»lara istinat ettirilmişlerdir.

3 — Molla Fenârînin fikrine göre, Teşri Usulünün(Usulü Fıkıh) mevzuunu içtihad ameliyesinde kullanılan şer'î deliller ile bu içtihadı meydana getiren şer'î neticelerde aramak lâzımdır. (834 hicrî senesinde vefat eden meşhur Şeyhü'l-İslâmdır).

4 — Molla Hüsrevin fikrine göre ise Teşri Usulünün (Usulü Fıkıh) mevzuu ikidir: 1 — Şer'î hükümleri isbat eden deliller. 2 — Delillerle ispat edilen şer'î hükümler. (Molla Hüsrev 886 hicrî senesinde vefat eden ve Mir'at aldı eserin sahibi bulunan meşhur Osmanlı Şeyhü'l-İslâmlarındandır).

İslâm Fukahasının en yenilerinden bulunan Hâdimî -ki bilhassa Usulü Fıkıh ile iştigal etmiştir- Teşri Usulünün mevzuunu, Mecamiü'l-

Hakayik adlı eserinde: «Şer'î deliller ile sıhhatleri isbat edilmiş olan şer'î hükümleri bilmektir» suretinde tarif etmektedir.

TEŞRİ USULÜNÜN (USULÜ FIKIH) CEVHERİ, ÖZÜ

Öğretmekte buulnduğu hakikatler, Teşri Usulünün (Usulü Fıkıh) özünü teşkil ederler. Bu hususu hemen hemen bütün müellifler, bu suretle izah etmektedirler. Bu ciheti kavrayabilmek için Arap ulemasının bir ilmin öz, madde ve cevherinden (Substance) ne kastettiklerini bilmek lâzımdır. Bir ilmin özünü teşkil eden hakikatlerin, o ilme aidiyetleri iki şarta vabestedir: 1 — Mezkûr hakikatler, istinat merkezini ayni esası ilmîde bulmalıdırlar. 2 — Ve bütün bu hakikatler, ayni ilmî neticeye müntehi olmalıdırlar. Bunun içindir ki, Teşri Usulü (Usulü Fıkıh) ilminin özünü teşkil eden bütün hakikatler Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas menbalarının esaslarına istinat etmektedir. Zira İslâm Kanununun yegâne esasını bu dört menba teşkil eder. Bu hakikatlerin müntehi olacağı ilmî netice ise, insan ef'alinin haiz oldukları şer'î hükümlerin mevcudiyetini ispattan ibarettir.

TEŞRİ USULÜNÜN (USULÜ FIKIH) GAYE VE FAİDESİ

Bu ilmin gayesi, insanı kendi ef'alinin meşruiyetini gösteren hususlarda tenvir etmesidir. Faidesi gayri kabili münakaşadır. Zira, insan aklî melekelerinin imkânı nisbetinde sahih olarak ahval ve hususatına ait ahkâmı idrak eder ise, emirlere itaat, nehiylerden içtinap etmek suretiyle dünya ve ukbada saadete erişmiş olur. İslâm Mevzuatı Hukukiyesinin vazii, diğer hususlarda olduğu gibi, bu noktada da ahlâk ile adaleti yek diğeri ile telif ederek, her ikisini de dinin himayesine vazetmiş bulunmaktadır. Hazreti Muhammed tarafından mevzu' din, esaslı bir surette tetkik olunduğu zaman, müşarünileyhin sistemli bir surette iyi ve güzeli, hak ile; fena ve çirkini de haksızlık ile tevhid etmiş bulunduğu görülür. Müstemir bir surette, namı ilâhiye olarak hakka mütavaatı, haksızlıktan içtinabı emretmekte; dünya ve ahiretteki saadeti, ferdin hakka riayetine bağlı kılmaktadır. Bunun içindir ki İslâm Hukuki Mevzuatı, İslâm Dininin ayrılmaz bir parçası olarak, bu dine dahil bulunmaktadır. Binaenaleyh İslâm Hukuku da, İslâm Dini gibi tamamiyle vahye müstenit bir hukuktur.

ŞER'Î DELİLLER (EDİLLEİ ŞER'İYE)

(Des Preuves légales)

Umumî malûmat

İslâm Hukukunun menbalarına (Edillei şer'iye) tesmiye olunur. Edilleyi şer'iye iki nev'e ayrılmaktadır. Birinci nev'e dahil bulunanlar, esası teşkil eden aslî ve müstakil delillerdir ki, adetleri dörttür. İkinci nev'e dahil bulunanlar, talî derecedeki delillerdir ki, bunların müstakil birer vasıfları olmayıp, birinci nev'e dahil dört delilden birisine raci bulunmaktadır. Adetleri on altıya baliğ olur.

İslâm fukahası, İslâm Mevzuatının dört esaslı menbaını zikretmek için, «Edilletü'l-erbaa» tabirini kullanırlar. Bu tabir, İslâm Hukukunun bidayeti tetkikatında arap olmayanlar için, bir ipham, bir güçlük tevlit etmektedir. Araplar, delil kelimesinin manasını teşmil ederek menba «source» kelimesi yerine kullanmaktadırlar. Menbalar, delilleri muhtevi olan mahallerdir ki, deliller bu menbalardan çıkarlar. Binaenaleyh tetkikatımıza devam ederken «dört delil-edillei erbaa» tertibini kullandığımız zaman, dört aslî menbaı kasıt etmiş olduğumuzu unutmamak lâzımdır.

DELİLLER VE ASILLAR

(Des preuves et des assises)

Deliller ya menbalarda aynen mevcuttur; yahut ta isbat kabiliyet ve kudretleri bakımından, az veya çok, bir sarahatla zikrolunmuşlardır.

İzah edelim:

Şer'î delillerin cümlesi de, dört menbada mevcuttur. Ancak bazan bu deliller bu dört menbada, hiç bir izaha lüzum görülmeyecek, şer'î bir ispata lüzum hissedilmeyecek bir şekilde yazılıdırlar, Bu halde tavsif edilmek istenilen fiile mürettep şer'î hüküm doğrudan doğruya ve kat'î bir şekilde isbat edilmiş olur. Bazan da deliller menbalarada böyle bir sarahata mezkûr olmayıp, isbat vazifesini gördürebilmek için, bu delillerin ilmî bir mesai ile hazırlanması iktiza eder.

Ayni delilin bazan bu iki nev'e birden dahil olduğu da görülür: Bir fiilin şer'î hükmünü katiyetle ispat ettiği halde diğer bir fiil için ispat kaziyyesi zımmında, o delilin ihzarî bir mesaiye tabi tutulması iktiza eder.

Misal: Cenabı Hak «Ananız ve kızlarınızla evlenmeniz haramdır» diye buyurmuştur. Kur'andan istihraç edilmiş bu delil, bir kimsenin anası ve kızı ile izdivacını kat'î bir sarahatle men etmekte, ancak anasının anası ile, veya kızının kızı ile izdivaç eden bir kimse hakkında şer'î bir hükmü muhtevi bulunmamaktadır. Yalnız yine bu ayni delilin isbatı iledir ki, bu kimsenin anasının usulü ve kızının füruu ile de evlenmeleri menedilmiştir. İşte birinci halde kat'î bir sarahatı ihtiva eden bu delil, ikinci halde ispat edebilme, kabiliyetini, bir takım ihzarî mesai ile ihraz etmiştir. Bu ihzarî mesaiyi de bize Teşri Usulü (Usulü Fıkıh) öğretmektedir. Burada bahis mevzuu ettiğimiz delilin birinci haldeki kat'î sarahatı,- ikinci hale; Hazreti Peygamberin sahabeleri tarafından «icma» yolu ile teşmil edilmiş bulunmaktadır. İcma suretiyle toplanan ashab, yukarıda zikrolunan ayeti kerimeyi Hazreti Peygamberin bu suretle anlamış ve tatbik etmiş bulunduğunu kabul ve tesis etmişlerdir.

Peygamberin tatbikatı, İslâm Hukuku menbalarından birisidir. Buna istinaden, insanlara ana ve kızlariyle evlenmeyi men eden ayeti kerime, Hazreti Peygamberin tatbikatına göre, icma suretiyle teşmil edilmiş bulunmaktadır. Hepsi de liyakat ve değer sahibi kimselerden müteşekkil bulunan islâmiyetin bu ilk nesline mensup ashabı Peygamberinin; Peygamberin tatbikatının bu yolda olduğuna şahadet etmeleri, icma suretiyle verilen bu karara vahye müstenit şer'î bir hüküm mahiyetini izafe etmiştir.

Yukarda zikri geçen Kur'andaki ayet, hiç bir ihzarî muameleye ihtiyaç göstermeyen, kat'î sarahatı havi bir delildir. Bu suretle, bir kimsenin anası ve kızı ile izdivacının haram bulunduğunu kat'î bir şekilde isbat etmektedir. Ayni ayet, bir kimsenin anasının veya kızının usul ve furu'u ile evlenmesi keyfiyetinin de, haram olduğunu isbat için, Hazreti Peygamberin tatbikatına istinat eden, icma suretiyle ihzarî bir muameleyi istilzam etmektedir. Hiç bir ihzarî ilmî mesaiye ve sair delillerin yardımına lüzum göstermeyerek, doğrudan doğruya ve kat'î olarak bizatihi isbat kudretini haiz olan delillere sadece «delil» unvanı verilmektedir. Bu isbat kabiliyetini ihraz için, ihzarî bir mesaiyi istilzam eden deliller de kezalik birer «delil» dir. Ancak; bunlar, ispbat edilmek istenilen hususa doğrudan doğruya değil, bilvasıta müntehi olurlar. Bunlara da «asıl»lar (Assises) denir.

Arapça delil kelimesi, yol gösterici, rehber (Guide) manasıdır. Arap

ulemasının bu kelimeyi diğerlerine tercih suretiyle, ilmî bir tabir olarak almalarının sebebi, kendilerine emin bir surette yol göstermek suretiyle istedikleri isbat keyfiyetine ulaştırması dolayısiyledir.

Gerek deliller ve gerekse asıllar birinci kitabta (maksadü'l-evvel) bütün tafsilâtı ile izah olunmaya çalışılacaktır.

İslâmiyette şer'î delilin tamamiyle nev'i şahsına münhasır (Sui génèris) birer isbat vasıtası bulunduğunun, ve bunların ancak İslâm Hukukunun dört menbaından istihraç olunabileceğinin gözden uzak tutulmaması, ve vazifelerinin münhasıran beşer ef'alinin haiz oldukları şer'î hükümleri meydana çıkarmağa münhasır olduğunun unutulmaması lâzımdır.

Delil, ister doğrudan doğruya kat'î bir sübut vasıtası olsun, isterse «asıl» lardan madut bulunsun, her iki halde de birisi hattı mustakim olmak üzere, diğeri dolambaçlı olarak, İslâm Hukuku Teşriini yapanların teşriî mesailerinde birer yol gösterici, birer rehberdir. Delil, teşri işi ile uğraşan kimseyi, bütün mesaisinde takip ederek menbalardan şer'î hükümleri bulup çıkarmasına ve bu hükümleri beşer ef'aline tatbik etmesine hizmet eder. Ancak bu sübut vasıtası iledir ki, teşri vazifesini yüklenen kimse, kendisine arz olunan beşer ef'alinden her hangi birisine mahsus hükmü tesis ederek, o fiilin meşru veya gayri meşru, iyi veya fena, mübah veya haram bulunduğuna karar verebilir.

Aslî menbalarda delil teharrisi ile meşgul bulunan hukukşinasın mesaisini sevk ve idare eden, yine delilin bizzat kendisidir. Bu hususa mesai hasreden ulemanın dikkat nazarlarını mevcudiyetleriyle çeker, beşer ef'alinin haiz bulundukları muhtelif şer'î hükümlerin sübutuna, menbalardaki mevcudiyetleri dolayısiyle hizmet etmiş olurlar.

Diğer bir noktai nazardan da şer'î deliller (Edillei şer'iye) ya müşterek (İcmaliye-Collective) yahut ta hususî mahiyette (tafsiliye-Spéciale) olurlar. Müşterek bulunanlar (İcmaliye) beşer ef'alinin yekdiğeri beyninde müşterek olan bir takımına tatbik olunan, ayni şer'î hükümleri isbat için kullanırlar. Misal: Hazreti Peygamber bir hadîsinde: «Tehlikeli olan her şeyi öldürünüz» buyurmuşlardır. İşte bu; Peygamberin sünnetinden istihraç olunmuş müşterek (icmalî) bir delildir ki, gayesi, tehlikeli bir hayvanı öldürmek olan her fiili beşeri meşru kılmaktadır.

Hususî olan deliller (tafsiliye) muayyen bir beşer fiili için muayyen

şer'î bir hükmün isbatına yararlar. Misal: Yine peygamber bir hadîsinde: «Namaz da dahi olsanız, yılanı öldürünüz» buyurmuştur. Bu da sünnetten istihraç olunmuş hususi (tafsili) bir delildir. Nerede ve ne zaman olursa olsun yılanın öldürülmesini meşru kılan muayyen bir fiile mahsus şer'î bir hükmü isbat eden muayyen bir delildir.

ASLÎ DÖRT MENBA

Arap hukukşinaslarının delil kelimesiyle ekseriya menbaları kasdetmekte olduğunu söylemiş idik. Binaenaleyh delil kelimesi, bütün adlî ve hukukî hakayıkı islâmiyeyi muhtevi bulunan dört aslî menbaı göstermektedir.

Bu deliller, yani dört aslî menba:

1 — Mupkaddes kitab olan Kur'an.

2 — Hazreti Peygamberin söz, hareket, sarih veya zımnî tasviblerini muhtevi bulunan Sünnet.

3 — İlk üç İslâm nesline mensup zevatın toplu bir halde ittihaz ettikleri mukarrerat demek olan İcma (Accord unanime)

4 — Selâhiyet sahibi müçtehitler tarafından ittihaz olunan Kıyası Fukaha (Analogie légale)den ibarettir.

Tekrar olmakla beraber, bu dört ana menbadan on altı talî menbaın istihraç edilmiş bulunduğunu hatırlatmak isteriz.

Aslî menbalarla bu onaltı talî menba, İslâm Hukuk Mevzuatını inkişaf ettiren ve kanun maddelerini ikmal eden, bütün kaide ve usulleri muhtevi bulunmaktadırlar. Şurasını da ısrarla ilâve etmek lâzımdır ki, aslî ve talî olsun bu menbaların ianesiyle, gerek bu günde ve gerekse en uzak bir istikbalde dahi bilumum beşerî ihtiralarla, medeniyetin her türlü nimetleri islamîleştirilmek suretiyle meşruiyet vasfını iktisap edebilirler.

* * *

Dört aslî menba iki nev'e ayrılırlar. Birincisi kelâmullah ile peygambere ait hattı harekettir. Bu iki nevi delile asılların aslı (aslü'l-asıl) denir. İkinci nevi, İcma ile Kıyası Fukuhayı muhtevidir. Bunlara da «mutlak delil» (Edillei mutlaka) ıtlak olunur. İlk nev'e dahil bulunanlar, yani Allahın Kelâmı ile Peygamberin Sünneti, gerek kendilerine nisbeten ve gerekse sair delillere kıyasen, bizatihi menba teşkil eden delillerdir.

Mevcudiyetleri bizatihi olduğu gibi, istinatgâhları da yine kendileridir. Bütün hakikatler bunlardan sudur eder. Bütün sübut vasıtaları bunlardan alınan asıllara istinat ettirilir. Kur'an Allahın Kelâmıdır. Peygamberin Sünneti, İlâhî Vahyin anî bir tecellisidir. Binaenaleyh bu iki menba, kendilerinin haricinde hiç bir menbaa, hiç bir mesnede dayanmak ihtiyacında değillerdir. İşte mutlak şekilde müslüman itikadı budur.

Diğer iki menba, yani icma ile kıyas da adlî ve hukukî bir takım hakikatleri neşrederler. Ancak bunlar Kitab ile Sünnete kıyas edildikleri takdirde, ikmâl ve itmam edici vasfını haiz bulunmaktadırlar. Filvaki, ilk üç İslâm nesli tarafından İcma suretiyle meydana getirilen delilleri, bu delillerden istifade eden hukukşinaslar için kat'î mahiyeti haiz iselerde, bizatihi kıymetleri; Kur'anın veya Peygamberin Sünnetinin bir tefsiri, şerhi bulunmaktan ibarettir.

Sebebi mevcudiyetleri ve istinat etmekte bulundukları yerler, Kur'an ile Peygamberin Sünnetidir. Kezalik Kıyası Fukaha da, hukukşinaslara kat'î mahiyeti haiz bir delildir. Ancak hakikatı ifade etmek lâzım gelirse bu da, müeyyide kuvvetini Hazreti Peygamberin tavsibinden alan ve Kur'an, Sünnet ve İcma'ın isbat kuvvetini teşmil ve tevsi eden ve böylelikle bu üç menbaın doğrudan doğruya halletmemiş bulunduğu meselelerin halline yarayan bir vasıtadır.

Diğer bir taksime göre deliller; isbat edici deliller, (Edillei müsbite); İzhar edici deliller (edillei muzhire), diye ikiye ayrılırlar.

İsbat edici deliller «edillei müsbite» (preuves probantes) Kur'an, Sünnet ve İcmadan ibarettir. İzhar edici delil «Edillei muzhire» (Preuve élucidant) ise, Kıyası Fukahadır.

İsbat edici deliller (Edillei müsbite), beşer ef'alini vasıflandıran şer'î hükümleri kat'î ve esaslı bir şekilde halle yararlar. İzhar edici delil (Delili zahir) ise, temsil ve mukayese yolu ile varılan kıyas vasıtasiyle isbat vazifesini görmektedir. Halli matlup mesele ile evvelce halledilmiş bir mesele arasındaki benzerlik tesbit edilerek, halli matlup mesele izhar, yani diğer üç menbadan istihraç edilmiş bulunan delil, halli matlup meseleye tatbik edilmek suretiyle o meseleye de, ayni şer'î hüküm tertip olunur. Şu halde kıyas evvelce halledilmiş olan bir mesele ile, halli matlup mesele arasındaki benzerliği izhara hizmet etmektedir.

Bu taksimlerin esbabı bu cildin birinci kitabında (Maksadül evvel)

tamamiyle izah edilecekdir. Burada ancak bu taksimlerin mevcudiyetini bildirmekle iktifa etmekteyiz. Gerek eserimizin birinci cildinin tarihî malûmat kısmında bu hususa mütedair vermiş olduğumuz malûmat, ve gerekse burada zikrettiğimiz hususatın gayesi; dört aslî menba hakkında ilerde vereceğimiz malûmata bir hazırlık mahiyetindedir.

İslâm Hukuk Mevzuatının tekâmülünü oldukça açık bir şekilde izah etmiş ve Muhammedî kanunun genişlemesi lüzumunu gösteren içtimaî zaruretleri, ve bu genişlemenin ancak diğer iki menbaın da yardımlariyle ana menba olan Kur'an ve Sünnetten istifade suretiyle ifa olunacağını bildirmiş bulunmaktayız.

* * *

Hâdimî, İslâm Hukuk Mevzuatının bütün aksamını vahye müstenit bulunma vasfını tebellür ettirme bakımından delilin, başka bir taksimini yapmaktadır.

O da diğer ulema gibi, delili iki kısma ayırmakta, bir kısmına menba teşkil eden müstakil deliller, (Edillei asliye) ismini vermektedir ki, bunlar; Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyası Fukaha olan dört aslî delilden ibarettir. İkinci kısma ise mülhak deliller demekte, ve bunların dört aslî delile mülhak bulunan 16 delilden ibaret olduğunu işaret etmektedir. (Edillei mülhaka)

Birinci kısma ayırdığı delilleri de takrar bir ikinci taksime tabi tutarak, Allah tarafından peygamberine doğrudan doğruya vahyolunmuş deliller; dolayısiyle vahyolunmuş deliller diye ikiye ayırmaktadır. Dolayısiyle vahyolunmuş deliller de yine Allah tarafından inzal edilmiş emirlerdir. Ancak bunlar diğerleri gibi doğrudan doğruya vahyolunmayıp, dolayısiyle vahyolunmuşlardır.

Doğrudan doğruya vahyolunmuş deliller de iki nevidir. Allah tarafından inzal olunmuş deliller. (Edillei Menzule). Allah tarafından peygamberine ilham olunmuş deliller. (Edillei Nebeviye).

İnzal olunmuş olanlar Allah tarafından Peygambere, istiğrak halinde Cebrail vasıtasiyle iblâğ olunan delillerdir. Bunlara «vahyî» deliller denildiği gibi, mensur birer şiir ahengini muhtevi bulunmaları dolayısiyle «Nazmî» deliller de denilir. Bu sınıfa dahil bulunan delilleri teşkil eden kelimeler, aynen Cebrail tarafından telâffuz olunmuş ve nasıl telâffuz edilmiş iseler, ayni surette Hazreti Peygamber tarafından intikal et-

tirilmişlerdir ki, bu muvasalaların heyeti mecmuası Kur'anı teşkil etmiştir. İkinci kısma mensup bulunanlar yani ilham tarikiyle Hazreti Peygambere bildirilmiş bulunanlar ise, Cebrailin tavassutu olmaksızın, ilham olunmuş deliller bulunmaktadır.

Hâdimî, aslî delillerden diğer ikisini de, şu suretle taksim etmektedir:

1 — İlk üç İslâm nesline (Ashab, Tabiîn, Tebaayı tabiîn) mensup fuhakanın toplanması suretiyle vukua gelen İcma.

2 — Mukayese yoluna istinat olunarak yapılan, ve bir tek hukukşinasa ait olan Kıyas. Hâdimî bu iki delili de vahye müstenit delillerden neşet etmiş addedmektedir.

İcma suretiyle vücude gelmiş olan deliller. Hazreti Peygamberin söz ve hareketlerine istinat etmiş olmaları dolayısiyle, Kıyasa nazaran daha kuvvetli bir hükmü haizdirler. Kıyasın hareket noktası, birisi halledilecek diğeri halledilmiş iki mesele arasındaki müşahebete müstenittir. Ortada vahye müstenit delillerle halledilmiş bir mesele ile kendisine şer'î bir hüküm izafe edilmek istenilen diğer bir mesele meycuttur. Birincisi yani halledilmiş bulunan ve kıyas kaziyyesini teşkil edecek olan mesele, vahye müstenit delillerle halledilmiş olmasına nazaran, bu meseleye benzetilmiş diğer meselenin de, bu benzetiliş doğru bulunduğu takdirde, vahye müstenit delillerle halledilmiş gibi, nazara alınması ve ayni nufuz ve hükmü havi bulunması tabiidir.

Hâdimî, İslâmiyette birer sübut vasıtası olarak kabul edilmiş bulunan diğer on altı delili mülhak delil (Edillei mülhaka) olarak kabul etmektedir. Filhakika bu deliller, diğer dört aslî delile mülhak bulunmakta ve onlara istinat etmektedirler.

* * *

Hâdimî, ilmî bir surette münakaşasını yaparak bazı fukahanın, ilham (İnformation celeste) ile taklidi de birer şer'î delil olarak ve binaenaleyh bir menba mahiyetinde kabul etmeleri fikrini reddetmektedir. Esasen bir çok ülema da, Hâdimînin bu fikrine iştirak etmiş bulunmaktadırlar.

Hâdimîye göre, Cenabı Hakkın; kendisine mutlak bir itaat, ibadet ve riyazet ile yaklaşmış bulunanlara bahşeylemiş bulunduğu ilham, bazı noktalardan iştiğrak dakikalarında Hazreti Peygambere vaki ilhama ben-

zetilebilir. Ancak, böyle bir ilhamın kudsiyeti kabul edilmiş olsa dahi, netayici bu ilâhî lûtfa mazhar olan ferdin şahsına münhasırdır. Zira Cenabı Hakkın böyle bir lûtfuna nail olan kimse, Allahtan kendisine vaki olan ilhamın tamim edilmesi emrini ve vazifesini telâkki etmemiştir. Kezalik müslümanların da böyle bir emre itaat mecburiyetleri mevcut değildir. Ayni zamanda eşhasa vaki olacak böyle bir ilham «Fartı tenebbühiyete» uğramış bir muhayyelenin icadı olmak şüphesinden de kurtulamaz. Binaenaleyh ilâhî bir lûtuf olarak fertlere vaki olacak ilhamın tesir ve neticeleri ancak enfüsî (Subjectif) ve şahsî olup (İndividuel) adlî veya hukukî hiç bir hükmü mevcut değildir.

Yine Hâdimîye göre, taklidin de bir şer'î delil sayılmasında en ufak bir kıymeti hukukiye mevcut değildir. Hâdimî taklit kelimesinin iştikakını yaparak ilmî bir tabir olarak kıymetinin neden ibaret bulunduğunu izah ettikten sonra, hiç bir suretle bir delil addedilemeyeceği neticesine varmakta ve taklidi deliller meyanına ithal eden fikri reddeyleyerek, aslî menbaların dört olduğunu ve bir beşincisini kabule imkân bulunmadığını ilâve etmektedir. Burada Mecamiü'l-Hakayik müellifinin aslî menbalarının adetlerine dair fikrini izah edişimizin sebebi, İslâm Fukahasının İslâm Kanununu tevsi edecek olan teşri vasıtaları ile usul ve kaidelere atfetmiş bulundukları ehemmiyet ve ciddiyeti göstermek içindir. İmamı Azam devrine doğru çıkıldıkça bu ehemmiyet ve ciddiyetin de o nisbette arttığı, ve teşrîî mesaide istimal olunan vasıtaların mürakabesinde o kadar hassasiyet gösterildiği müşahede olunur.

İSLÂM HUKUKÎ MEVZUATINDA MÜLHAK DELİLLER

(Des preuves déduites, dé pendante)

(Edillei Mülhaka)

Bu nev'e dahil deliller, şer'î birer sübut vasıtaları olmaları itibariyle şer'î hükümlerin (asıl)larını teşkil etmektedirler.

Bu delillerin mülhak addedilmelerinin sebebi, hüküm ve nufuzlarının aslî delillerden alınmış bulunmaları dolayısiyledir, Bunlar Mevzuatı Hukukiyenin aslî menbalarından alınmış olup her birisinin alâka derecesine göre, aslî menbalarla münasebeti mevcut bulunmaktadır.

Mülhak delillerin adedi on altıdır.

Birinci delil: İslâmiyetten önceki Hukuk Mevzuatının (şerayii Salife - Şeriatı men kablena)

Bu delil Kelâmullaha istinat etmektedir. Kur'anda şöyle denilmektedir:

A — «Bütün hukukî mevzuatın başlangıcı olan ve İbrahim tarafından açılmış bulunan yolu istikametle takip et»

B — «Kur'an, İbrahim ve Musaya nazil olmuş olan sahifelerde de (suhufu - ûlâ) mevcuttur.»

C — «Sizlere daha evvelki peygamberlerin ahvalinden bahsediyoruz ki, ef'al ve harekâtınızı bunlara uydurasınız»

İslâmiyetten evvel mevcut bulunan hukukî mevzuat, ancak aşağıda yazılı iki halde şer'î delil teşkil edebilir. 1 — Ya Kelâmullah ile yahut ta Peygamberin harekâtı ile bu delilin, İslâmiyetten evvelki mevzuatta bulunduğunun tasdik edilmiş olması. 2 — Bu delilin gerek içerisine dahil bulunduğu hukukî mevzuatça, ve gerekse İslâm Kanununun her hangi bir hükmü ile merfu bulunmadığının yine ayni yollar vasıtası ile sabit olması.

Bu iki şart Peygamberin Sünneti ve üç nesle mensup İslâm Fukahası tarafından sarih bir surette tesbit edilmiş bulunmaktadır.

Birinci misal: İslâm Hukukuna göre hibede bulunan kimse, adî hibeyi fesh ederek verdiği şeyi geri alabilir. (Hibe, hibe olunan şahsın mülkiyetine intikal ettirilmek ve onun tamamiyle mülkü olmak için lâzım gelen formalite yapılmamış olduğu takdirde, adîdir).

Adî hibe suretiyle verilmiş olan nesneyi, veren kimsenin geri alması hususunun meşruiyeti, Musevî Hukukî Mevzuatının an'anesine istinaden isbat olunmaktadır. Bu hükmün mesnedi, Hazreti Ademin, oğlu Şit aleyhisselâma kendi ömründen vermiş olduğu yüz senelik ömrü, geri almış ulunması keyfiyetidir. (Bu ihbar, Musevî iken İslâmiyeti kabul ile ashab meyanına dahil olan Kâ'bül-Ahbâr'ın intikal ettirmiş bulunduğu bir hadîse müstenittir. İsmail Hâkinin Kur'an tefsiri bulunan Ravzatü's-Safa ile Ruhü'l-Beyan'da masturdur.)

Ikinci Misal: İmamı Yusufa kısası müstelzim bir cürüm işleyen kadına da erkek gibi ayni cezanın tatbik olunup olunamayacağı hususu sorulmuştu. Müşarünileyh bu suale müsbet cevap vererek, cevabının mü-

ve kaidesine tevfikan yapılmamış telâkkisi için kâfi bir sebebdi. Bu telâkkiyi isbat eden delil, (örf) idi.

İkinci misal: Bir inci taciri hâkim huzurunda filânca tüccara on kile (hububata mahsus yirmi ile otuz kilo gram gelen tartı ölçüsü) inci sattığını idda etmiş olsa, dava olunanın (müddeialeyh) kile tabirini akit esnasında yanlışlıkla söylenmiş olduğunu, hakikatte on miskal inci almış bulunduğu yolundaki müdafaası üzerine, davacının davası reddolunur. (Miskal, aşağı yukarı bir grama tekabül etmektedir).

Hâkim, davayı reddetmek için (örf) deliline istinat eder. Zira örfen inci, kile ile değil, miskal ile satılır.

Dördüncü delil: İstishab (Protection)

İstishab, bir şeyin nizamına uygun olarak hükmü aslîsine, veya mevcut haline; o şeyin bir tebeddül veya tegayyür geçirdiği hususu ispat edilemedikçe, hâkim tarafından riayet edilmesi hususunun kanunun himayesi altında bulunması keyfiyetidir. Arap hukukşinasları bu keyfiyeti Hazreti Peygamberin; «Bir şeyi bulunduğu üzre kabul ediniz» kelâmı kibarına istinat ettirmektedirler.

Hâdimî ise bu delili şu hadîsi Peygamberiye istinat ettirmektedir: «Şüphe tevlit edecek sebebi def et, ve bu sebebe vaki olmamış nazarı ile bak.»

Birinci Misal: Bir miras taksiminde, mirasçılardan birisinin nerede bulunduğu bilinmediği ve uzun zamandan beridir de kendisinden bir haber alınmadığı, kezalik o kimsenin öldüğü de isbat edilemediği takdirde Hâkim, o şahsı hayatta telâkki etmek mecburiyetindedir. Zira memleketi terk ettiği zaman o şahıs, hali hayatta idi. Binaenaleyh mahkemeye miras işi için davet edildiği zaman, bu kimsenin hali hayatta bulunduğundan şüphe edilmemek lâzım gelir.

İkinci Misal: Uzun zamandan beri gaip olan ve ölüm diriminden haber alınamayan bir kimsenin emvaline komşusu tesahüp etse, bu komşu hâkim nazarında gayri meşru, haram olan bir fiil ika etmiş olur. Zira, gaip olan şahsın hayatı nihayet bulduğuna dair bir sübut vasıtası mevcut olmadığı için, o şahıs hali hayatta demektir.

Bir şeyin bulunduğu hal için kanunun mecbur olduğu himaye, yani istishab delili hâkimi, gaip olan kimsenin emvaline tesahübü haram addetmeye mecbur kılmaktadır.

Bir şeyin bulunduğu hali himaye prensibidir ki hâkimi, gaibi, hali hayatta saymağa mecbur etmekte, ve bu kimsenin öldüğü tahakkuk edinciye kadar emvaline el sürmeye müsaade ettirmemektedir.

Beşinci delil: Bir şeyin aslı ile amel etmek (ameli bi'l-asıl) (Prépondérance de l'état originaire des choses)

Bir şeyin hali aslîsinin tebdil olunduğu isbat edilemediği müddetçe bu ademi sübut, aksini yani o şeyin hali aslîsini tebdil etmediğini isbat etmesi bakımından bir delili şer'î addolunur.

İstihabda esas olan bir şeyin eczayı aslîyesi yani o mevcuda mahsus halet idi. İnsanda hayatın asıl olması gibi yaşayan kimsede eczayi aslîyeyi, hayat teşkil etmektedir. Hayat, ayni zamanda mevcut olmağı istilzam eden bir halettir ki, bunu ancak hayat faaliyetinin inkitaa uğraması hususu, tebdil ve tağyir edebilir. Halbuki, «aslı ile amel etmek» delilinde mesele berakistir. Burada bahis mevzuu eczayi asliye değil, hükümlerin tebeddülü ve yahut bir şeye başka şeylerin ilâvesi hususlarîdır. İşte bu vasıflar veya vaki ilâvelerin her birisi, üzerinde ilâve olundukları şeyden tamamiyle müstakil olarak mütalâa olunurlar. Bir kuyunun veya musluğun suyu, bir evin duvarı gibi,

Bu delil, Kıyası Fukahaya istinat etmektedir. Dinî meselelerde, doğrudan doğruya sübutu gösterir hususlar, veya başka bir şer'î delil ile hakikatı izhar için vasıta bulunmayan hallerde bu delilden istifade edilir.

Misal: Çölde seyahat eden bir seyyah, bir kuyuya tesadüf ederek kuyunun derinliği itibariyle suyunun pis veya temiz olduğunu bilmesine imkân bulunmadığı ve bu husus, tatmak ve koklamak suretiyle de elde edilemediği takdirde yolu üzerinde başka bir kuyuya tesadüf edemeyeceğine emin olmuş ise; bu suyu istimal edebilecektir. Zira suyun aslî vasfı, temiz olmasıdır. Seyyahın tesadüf ettiği bu suyun aslî vasfını gaip ettiğini ispat eden bir vakıa da mevcut değildir. Bu suretle bu su ile abdest alınabildiği gibi, alınan bu abdest de tamamiyle muteberdir. Zira «bir şeyin aslı ile amel etmek» deliline göre, suyun her türlü pislikten münezzeh olarak nazara alınması lâzım gelmektedir.

Başka suretle ispat imkânı mevcut bulunmadığı takdirde, bu delil, bilumum muamelât için verilecek hükümlerin aslını teşkil eder.

Altıncı delil: Bir şeyin hali ile amel etmek. (tahkimü'l hal) (Prépondérance de l'état actuel des choses)

Bu delil bundan evvelki iki delilden, yani istishab ve bir şeyin aslı ile amel etmek delillerinden farklıdır. Bu delilin hükme esas oluşu, mukaddema bulunduğu hal veya hali aslisi dolayısiyle değil, bir şeyin veya bir şahsın hüküm lâhik olacağı zamanki bulunduğu hal dolayısiyledir. Tahkimü'l-hal bir şeyin, bir şahsın keenne mazide de ayni hal ve vaziyette imişcesine, hüküm verileceği zaman ne halde ise o halde kabul edilmesi keyfiyetidir.

Bu delil, eşhas ve eşyanın mazide ne halde bulunduklarının anlaşılması imkânı bulunmayan, ve istikbalde, ne hal alacakları kestirilemeyecek olan ahvalde istimal olunur. Bu gibi ahvalde hâkim hükmü ita edeceği anda, eşya ve eşhası ne halde görmekte ise, kararını bu hale istinat ettirir.

Bu delil de, hâkime şüpheli olan şeyin def'i, olmayanı kabul etmeyi tavsiye eden Peygamberin Hadîsine müstenit bulunmaktadır.

Misal: Vesayet altında bulunan bir gencin rüşt yaşına baliğ olduğunda vasi, sefahate dalacağından bahisle gence servetini vermekten imtina ederse hâkim, vasiyi o gencin mazide ve halde sefahat telâkki edilebilecek harekâtını isbata davet eder. Bu hususlar isbat edilemediği takdirde genç, servetine sahib olur. Bu gencin istikbalde ne suretle hareket edeceğinin tesbiti adalet makamları için, imkân haricindedir. Binaenaleyh, hâkim hükmü ita edeceği andaki hali, hükmüne esas ittihaz eder. İşte hâkimin o gencin hüküm ita edebileceği zamandaki halini nazara alması ve hükmünü bu hal üzerine istinat ettirmesi, tahkimü'l-hal deliline dayanmaktadır, ki bu hal, istikbalde vuku bulacak bir hale ait şüpheyi ortadan kaldırmaktadır.

Yedinci delil: Aşikâr ve apaşikâr olma keyfiyeti (Zahir, ezhar) (Évidence et la toute évidence)

Bu delil, şer'î bir hükmün veya hukukî bir halin tamamiyle vuzuh içerisinde bulunmayıp ta az çok şüpheyi dai bulunduğu hallere mahsustur.

Hâdimî bu delili Kur'andaki: «Dinde sizin için güçlük ve meşakkat yoktur» ayeti kerimesine istinat ettirmektedir. Bu ayeti kerimeden, sarih bir mana mevcut olup ta bu mananın elde edilmesi imkânı varken, gayri sarih bir manayı ele alarak bundan hüküm çıkarmak zahmetine

girilmesi manası istihraç olunmaktadır. Bu manaya göre hüküm verme mevkiinde bulunan kimselerin daima sarih manalara iltifat etmeleri, zira bu suretle hareketin meşakkat ve külfeti mucip olmayacağı neticesi meydana gelmektedir.

Misal 1 — Henüz rüşt yaşına girmeyen bir sabii mümeyyizin (yedi-onbeş yaş) ticarî muamelâta giriştiğini görüpte muhalefet etmeyen baba veya vasinin bu sükûtu, sarahaten küçüğün bu hareketine muvafakat manasını ifade eder. Bu muvafakatın artık beyan suretiyle vaki olmasına ihtiyaç kalmaz. Oğlunun ticarî muamelâta giriştiğini bilerek ve görerek sükût eden baba, henüş rüşt yaşına girmeyen oğluna bu muamelâtı icra için sarih bir surette rıza göstermiş ve binaenaleyh bu ticarî muamelenin mesuliyeti neticelerine aşikâr bir surette tahammül etmiş demektir. Baba, reşit olmayan oğlunun bu ticarî muamele ile elde etmiş olduğu kazanca da iştirak ettiği takdirde oğlunun bu hareketini apaşikâr bir şekilde (ezhar) terviç etmiş olur.

Misal 2 — Hâkim huzurunda «eğer baş yersem karım benden boş olsun» diye yemin eden bir kimse, bir koyun başı yediği takdirde karısı kendisinden boş olmuş telâkki olunur. Böyle bir halde koca, bu tarzı şahadete bir tecahül çeşnisi vererek baş kelimesiyle, bilfarz geyik başını kastetmiş olduğunu ileri sürebilir. Kadının bu tevil şeklini kabul etmeyerek, mahkemeye müracaatı halinde hâkim, kadın muvafakat ettiği takdirde, nikâhın tecdidine hükmeder. Aksi halde, yani kadın muvafakat etmediği takdirde, boşanmaya hükmeder. Şu tasvir edilen halde, yeminin zahir olan tarafı «baş» kelimesindedir. Yemine esas teşkil eden «baş» kelimesi içerisine, hiç şüphe yoktur ki yenmesi mutad olan bilumum hayvan başları ve bu meyanda koyun başı da girmektedir. Zira koyun başı şarkta, bilhassa işçi sınıfının günlük gıdasını teşkil etmektedir. Hâkim, yeminin zahir olan bu kısmını terk ederek daha az zahir olan bir hali, yani kocanın tecahülde bulunmak suretiyle ifade ettiği geyik başını kabul edemez. Gerçi geyik başı da yenebilir. Ancak, kocanın bu yemini sarf ettiği zaman bahis mevzuu olan başın, fırınlarda kızartılarak satılan başlara ait olduğu zahir bulunmaktadır. Alelitlak fırınlarda kızartılan başlar koyun başı, bazan da dana başı olup, asla geyik başı değildir. Eğer bu yemin kadının sofraya yemek üzere bir koyun başı koyduğu zaman olsa idi, apaşikâr hal (ezhar) vücut bulmuş olurdu.

Fukaha, zahir ve ezhar delilinden, isbat kudreti ayni olmayan iki delil, veya manası iki manaya mahmul olabilecek tek bir delil bahis mevzuu olduğu hallerde istifade ederler.

Misal: İmamı Ebu Yusuf faizle borç vermek fiilindeki faize bir had dahilinde meşruiyet izafesi için, Kur'andaki: «Hali vakti yerinde olan müminlerin servetinde, fakir ve zayıfların da bir hissesi vardır» ayetine istinat etmekte idi. Bu delil vasıtası ile dul ve yetimlerin parasını faizle, hal ve vakti yerinde olanlara vermek, böylelikle dul ve yetimlere bir menfaat sağlamak istiyordu. Evvelâ İmamı Azam, onu takiben de İmamı Muhammed, bu telâkki tarzını reddettiler. İmamı Azam ile İmamı Muhammede göre faiz, esasen mutlak bir delil ile; «faiz haramdır» ayetinin kat'î ve sarih emriyle gayri meşru kılınmış idi. Kezalik bu zevat İmamı Ebu Yusufun manası zahir olmayan bir ayete istinat etmekte bulunduğunu ileri sürmekte idiler. Hakikaten de, İmamı Ebu Yusufun istinat etmekte olduğu ayeti kerimede faiz kastedilerek bu vasıta ile fakir ve zayıfların, zenginlerin servetinden hissemend olacaklarına dair zahir bir hüküm mevcut bulunmamaktadır. Bu ayet, bilâkis en kat'î ve sarahatle fakirlerin zenginlerin servetinde hisseleri bulunduğunu emretmekte, böylelikle zekâtı istihdaf etmektedir. (Zekât, vakit ve hali yerinde olanlar için servetlerinin yüz de iki buçuğunu, muavenete muhtaç fakirlere dağıtılmak üzere, vergi şeklinde vermeleridir) Binaenaleyh zahir bir manayı bırakıp ta, daha az zahir olan bir manayı kabul, elbette ki doğru değildir. Bu hal muvacehesinde İmamı Azam ile İmamı Muhammed önce ayeti kerimenin zahir manasını kabul ederek İmamı Ebu Yusufun kabul ettiği gayri tahir manasını reddettiler. Bundan sonra zekâtı amil bulunan Emri İlâhî ve Hadîsi Peygamberîye istinat etmek ve faizin haram bulunduğu yolundaki, sarih lâfızlardan istiane eylemek suretiyle fikirlerini apaşikâr bir surette, (Ezhar) suretinde ispat etmiş oldular.

Sekizinci delil: İhtiyat. (La précaution). İhtiyat, her müminin gerek dinî vazifelerinin icrasında gerekse ef'al ve muamelâtının ifası hususunda, icrası tarafı kolay ve güç olmak üzere iki şık mevcut bulunduğu takdirde; bu şıklardan birisini intihapta ihtimam göstermesi mecburiyetinde bulunmasıdır.

Şüphesizdir ki, gerek dinî vazifelerinin icrasında, gerekse sair muamelelerin ifasında mümin; dinî vazifelerini tamamiyle ifa ettiği, sair

muamelelerinde de ahlâk ve adalete tamamiyle uymuş bulunduğu hususlarında, her türlü şüpheden azade bulunmak için, güç bulunan şıkkı ihtiyar etmelidir.

İhtiyat delili de şüpheyi defetmeyi amir bulunan Peygamberin Hadisine müstenittir. Umumiyetle vazifelerin icrasında kolay şıkkın ihtiyarı, bu vazifelerin tamamiyle ifa olunduğu hususunda beşer fikrinde daima bir şüphe tevlit edebilir.

Dinî vaziflerin icrasında ihtiyat, icra olunan vazifenin bihakkın ifa olunduğunu her türlü şüpheden azade kılmak için, güç olan şıkkın ihtiyarındadır. Misal: İçindeki suyun temizliği sabit bulunmayan bir havuz yanında bulunan müslüman, yakındaki dağın tepesinde hakikaten temiz bulunduğuna kani bulunduğu bir suyun mevcudiyetini bildiği ve o dağa çıkmakta hiç bir tehlikeyi dai bulunmadığı takdirde, dağda mevcut bulunan suya kadar gitmek mecburiyetindedir. İhtiyat deliline istinaden vazifesini bu suretle ifa eden mümin, vazifesini tamamiyle ifa etmiş olur.

İhtiyat; muamelâtta mevcut iki delil arasında, elde edilmesi ne kadar güç olursa olsun, en kuvvetli olanını istihsal etmek hususunda kendisini gösterir. Ef'al ve harekâtında şüphesi bulunan mümin, tam bir sıhhatle hareket etmek ve böylelikle vicdanını her türlü tereddütden azade kılmak istediği takdirde, en güç ve fakat en emin olan tariki ihtiyar mecburiyetindedir. Ancak; bu suretledir ki, icra ettiği muamelenin sıhhatine kani olabilir. Misal: Şayi hisseleri bulunan bir mülkte, bu şayi hisselerden bir kısma (yarı, üçte bir gibi) sahib olan kmse, hududu gayri muayyen olan bu hissesini, her zaman satmak hakkına maliktir. Bu satış tamamiyle kanunîdir. Ancak; alıcı ihtiyat deliline istinaden, satışın diğer hisse sahibleri huzurunda icra edilmesini isteyebilmek hakkına sahibtir.

İhtiyat delili ile kanun vazının «İslâmiyet, kolaylık demek olup; güçlük demek değildir» sözü arasında bir tenakuz görmemek lâzımdır. Bilâkis ihtiyat; bu sözü teyit ve tasdik etmektedir. Dinî vazifelerinin ifasında güç olan şıkkı ihtiyar eden mümin, hakikatte güçlüğü değil kolaylığı ihtiyar etmiştir. Zira böylelikle vazifesini tamamiyle ifa edememiş olmak şüphesi içinde o vazifeyi tekrar ikinci bir defa icra eylemek güçlüğünden kurtulmuştur. Kezalik, muamelâtının icrasında da vesaiti

hukukiyenin güç kısmını kabul etmiş olmakla, muamelâtını emin esaslara istinat ettirmekte, ve netice itibariyle bir takım dava ve ihtilâflardan kurtulmaktadır. Bu bahse ilerde tekrar rücu edeceğiz.

Dokuzuncu delil: Ashab tarafından takip olunan yol. (Mezhebi Ashab). Bu delil de Hazreti Muhammedin Ashabının hareket hatlariyle -ki her birisi birer fakîh idi- tesis ettikleri kanunî emsale istinat etmektedir. Hiç şüphe yoktur ki Peygamberin Ashabı, gerek kendi hattı hareketlerinde olsun, ve gerekse kendilerine arz olunan meseleler hususunda bulunsun; Hazreti Peygambere imtisal etmek veya hiç olmazsa peygamberin eşya ve muamelât hakkındaki noktai nazarını bilerek, o noktai nazarı takip etmek yolunu tutmuş bulunmaktadırlar. Ashabın hat ve hareket tarzının ispat kudretini haiz olması keyfiyeti. Peygamberin; «Ashabım yıldızlar gibidir ; onları takip ediniz, örnek ittihaz ediniz» hadîsine istinat etmektedir. Misal: Hazreti Ömer, oğlun babası hakkında edayı şahadet etmesinin kabule şayan olmadığını beyan etmiş idi. Zira bu şahadeti, babanın menfaatleriyle alâkalı görmekte idi. İşte Ashabdan bu halife tarafından vazolunan bu kaide, Emri İlâhiye ve Sünneti Peygamberîye muhalif bulunmadığı için, şer'î bir delil vücude getirmiştir.

Ashabın hareket hatlarına mütedair bulunan bu delil ile İcma'ı Ümmet arasında fark mevcuttur. İcma, ilk üç nesle mensup Fukahanın, Kelâmı İlâhî veya Hadisi Peygamberînin manasını tahdid veya teşmil için, toplantı halinde verilen şerh veya tefsiri mutazammın bir karardır. Halbuki Ashabın hattı harekâtı, yani Mezhebi Ashab; Ashabdan yalnız birisinin noktai nazarını gösteren, ve başka hiç bir delil mevcut olmadığı takdirde kıymet ibraz eden bir delildir.

Onuncu Delil: Tebaa tarafından takip olunan yol. (Mezhebi Tebaa). Bu delil Ashaba tabi olan zevatın tesis ettikleri emsale istinat etmektedir. Kezalik bu delil de menbaını, Hazreti Peygamberin hattı hareketinden almaktadır. Tebaa, hattı hareketlerinde Ashabı, Ashab da Hazreti Peygamberi takip etmiş oldukları için menba; Hazreti Peygamberin hattı hareketidir. İslâm Fukahasının çok büyük bir ekseriyeti; her biri birer Fakîh olan ve Hazreti Peygamberi ve Ashabını sevk ve idare etmiş bulunan vahiy netayici ile, hukuk menbaları hakkında tebaanın derin vukuf ve malûmat sahibi bulunduğuna kanidir. Binaenaleyh tebaanın hareket hattı tarzı da şer'î bir delildir. Mezhebi Tebaa Peygamberin; «Asırların

en hayırlısı benim asrım, ondan sonra beni takip eden asır ve ondan sonrada o asrı takip eden asırdır. Daha sonra gelen asırda hayır yoktur» hadîsine müstenit bulunmaktadır.

Kıyası Fukaha ile, talî delillerde bulunan Mezhebi Tebaa arasında fark vardır. Bu fark; yukarda da söylediğimiz gibi, bu delilin Tebeadan yalnız bir şahsın rey ve fikrine müstenit bulunması, kıyasın ise halledilecek meselenin yine aslî menabide halledilmiş bulunan diğer bir meseleye benzetilmek suretiyle, tezahürü suretiyle meydana gelmektedir.

Mezhebi Ashab delili ile Hezhebi Tebaadan, İcmaı Ümmet bahsinde tekrar bahsolunacaktır.

Onbirinci delil: Kavaidi külliyye. (les régles génèrales). Bu delilden hukukî bir vecize (Maxime)nin, halli matlup bir meseleye tatbiki suretiyle istifade olunur. Bu hukukî vecizelerin başlıcalarını Mecellenin ihzarı için İstanbulda toplanan komisyon, mesailerine esas ittihaz etmiştir.

Bu delilin mesnedi, her kaidenin tetkik olunduğu meseleye göre, tahalüf eder. Esas, her küllî kaidenin (Maxime) dört aslî delilden birisine istinat etmiş olmasıdır. Misal: Bir kimse komşusunun kendi bahçesine akan pis sularının izalesi hususunu dava etse, dava olunan da müdafaa olarak bu mecranın eskiden beri (Kadimen) o mahalde bulunduğunu ve bu hususu şahitlerle ispat edeceğini dermeyen eylese hâkim; dava olunanın müdafasını haksız bularak reddetmeye mecburdur. Zira kirli suların komşunun bahçesine akması hususu, gayri kanunî bir haldir. Bunda mücbir bir sebeb de yoktur. Zarar, kadim olamaz, yani zarar, zaman dolayısiyle kesbi meşruiyet edemez. Binaenaleyh hâkim, bu sebebe istinaden mecranın münasip bir mahalle, yahut umumî yolun ikamet-gâhlardan uzak bir yerine akıtılmasını emreder. Esbabı mucibe olarak ta küllî kaidelerden birisine, «zarar kadim olamaz» kaidesine istinat eder ki, bu kaide «islâmiyette zarar yoktur» hadîsine dayanmaktadır.

On ikinci delil: Umumî felâket; (Umumu Belva) (Malheur génèral). Bu delil hüsnüniyetin veya insan cehdinin bertaraf edemeyeceği maddî sebeplerin mevcudiyeti, ve yahut umumî bir menfaat dolayısiyle hususî bir menfaatın ihmali lâzım gelen hallerde, ferdden sadır olacak ef'al ile, mahkemelerden çıkacak mukarreratın, bu ef'al ile mukarrerat adalete mutlak bir şekilde tevafuk etmeseler dahi; meşruiyetini ispat eder.

Eşhas bu delile, gayri kabili taksim bir bütünün aksamını ayırıp bu

ayrı kısımlardan istifadeye imkân bulunmayan hallerde; mahkemeler ise, cemiyeti, veya bütün bir memleketi alâkalandıran umumî vaziyetlerde, şahsa ait hususu tefrik ederek hüküm altına alamamak suretiyle müracaat ederler. Aksi halde hareket olunduğu takdirde ferd, imkânsız bir işe girişmiş; hâkim, tarafgirlik şemmesi taşıyan bir karara varmış olur. Bu delil dinî tatbikatta ise başka türlü bertaraf edilmesine imkân bulunmayan güçlükleri ortadan kaldırmağa yarar. Mesnedi «Din bir kolaylıktır, onu kolaylaştırınız, asla güçleştirmeyiniz» hadîsi şerifidir.

Misal: 1 — bir kimsenin evindeki kuyuya pis bir şey düşse, o kimse o piş şeyi çıkarmak ve kuyudaki suyu boşaltmakla mükellefdir. Kuyununun suyunu kabiliyeti yettiği kadar boşaltır; ancak bütün kabiliyet ve cehdini ne kadar sarf ederse etsin, kuyunun menbadan gelen suyunu durduramadığı ve menbadan gelen suyun pis olan su ile temasını kesemediği için, bu faaliyetini bir hadde kadar ifa eder. Hakikatte ise, bu kimsenin, imkân bulunduğu takdirde kuyunun menbalarını tıkaması. pis suyu tamamiyle ihraç ettikten sonra, kuyunun dibini de temizleyerek temiz su ile doldurması lâzımdır. Bu suretle yapılacak muameleden sonradır ki kuyunun suyu bihakkın temiz olmuş olur. Buna imkân mevcut bulunmadığı, yani kuyunun menbalarını tıkamak imkânı olmadığı takdirde, kuyuyu dolduran su tamamiyle temizlenmiş addedilemez. Bununla beraber kuyu sahibi bu su ile abdest alabilir. Zira bu kimsenin hareket tarzı umumu belva deliline göre meşrudur.

Misal 2 — Kanalizasyon teşkilâtı bulunmayan bir memlekette, bu teşkilâtın bulunmaması dolayısiyle bütün pis sular umumî yola aktığı takdirde, başka bir sebeb göstermeksizin komşusunun mecrasını kapatmak isteyen bir kimsenin talebini mahkeme, gayri muhik addederek reddeder. Ve bu red kararını gene umumu belva deliline istinat ettirir.

On üçüncü delil: Şüphenin def edilmesi (Def'i şüphe) (Elimination de doute). Bu delil, şüphe izale edilmeden hareket imkânı mevcut olmayan hallerle; peşinen şüpheyi izale edip sonra hareket etmek hallerinde bahis mevzuudur.

Misal: Kur'an, abdesdde kolları dirseklere kadar yıkamağı emretmektedir. (İlel merafiki) «... ye kadar» manasına gelen «İllâ» kelimesi islâmiyette büyük mübahaselere sebebiyet vermiştir. Bazıları bu kelime delâletiyle dirseklerin de yıkanması lâzım geldiğini, diğer bazıları ise;

yalnız dirseklere kadar yıkanmanın kâfi bulunduğunu iddia etmişlerdir. Binaenaleyh almış olduğu abdestin mükemmel olmasını isteyen müslüman, şüpheyi izale için, kat'î bir delil bulunmadığı halde abdesdde dirseklerini yıkamak mecburiyetindedir.

Ondördüncü delil: İstihsan. (Embellissement). Bu delil Fukahanın vehlei ulâda kanuna muvafakatı tamam görülmeyen ef'al ve eşyaya, meşruiyet izafesi için muvafakat etmeleriyle vücut bulmuştur.

İstihsan; güzel manasına gelen «husün» sülasisinin arapça istif'al babına nakledilmiş şeklidir ki, manası güzellik vasfını bir şeye veya bir fiile izafe etmek demektir.

Hukuk tabiri olarak istihsan, gerek insanın ve gerekse eşyanın vehlei ulâda şer'î görülmeyen elfaz ve harekâtına, tamamiyle Teşri Usulü (Usulü Fıkıh) kaidelerine uygun bir şekilde meşruiyet vasfını vermektir. Bu meşruiyet vasfının izafesiyledir ki, bunlara cevaz verilmiş olur.

Misal: 1 — Henüz kemale gelmemiş bulunan ziraat mahsulâtının satılması gibi, (Selem). Bu tarz satış, hicretten evvel Arabistanda taammüm etmiş bulunmakta idi.

Misal: 2 — Kezalik henüz meydanda mevcut bulunmayan ve sipariş üzerine yapılacak olan sanat veya zenaat eserlerinin peşin para ile satılması gibi.

Bu satışa arapçada sanat veya zenaat eşyasının satılması manasına gelen (bey'i istisna') denir. Hazreti Peygamber bu tarz satış için istihsan yolu ile cevaz vermiştir. Malûmdur ki İslâm Hukuk Mevzuatında satılacak şeyin (mebi) şekil ve hali mevcut bulunması, ve heyeti asliyesi ile görülmüş olması lâzımdır. Ta ki, alıcı kabulden evvel o nesneyi tetkik edebilsin. Gerek selem ve gerekse bey'i istisna', meşruiyet vasfını haiz olmaları için, bu lüzumlu şartı haiz bulunmamaktadırlar. Bununla bera ber bu iki akid, Peygamberin tatbikatı neticesi olarak istihsan edilmişlerdir. Hazreti Peygamberin tatbikatı vahiy neticesidir; ve Kelâmullahtan sonra gelen en kuvvetli şer'î delildir. Bundan başka Hazreti Muham med bu iki nevi satış akdi dolayısiyle vaki tatbikatı neticesinde; adalete ve ahlâka mugayir bulunmayan ve reşit olan kimselerin serbest iradele rinin telâhuku ile teşekkül eden bilumum mukavelelerin mer'î ve muteber bulunacağı misalini bir kerre daha vermiş bulunmaktadır. Peygamberin bu sarih sünnetleriyledir ki, İslâm Hukukunun en mütearef kaidelerinden birisi, iradelerin telâhuku kaidesi vücut bulmuştur.

Misal: 3 — Hazreti Peygamber, kap kacak gibi şeylerin köpek yalaması ile pislendikleri takdirde üç kerre yıkamakla temizlenmiş olacakları kaidesini vazetmiştir. Bununla, Arabistanda hicretten evvel carî bir kaideyi, müeyyide altına almış bulunmaktadır. Hicretten evvel Arabistanda, pislenen bir şeyin üç kerre yıkamakla temiz olduğuna kanaat edilirdi. İşte Peygamber bu kanaatı, istihsan deliline istinaden müeyyide altına vazetmiştir. İstihsan yolu ile müslümanlıktan evvel müşrik arapların istimal ettikleri, ve binaenaleyh çirkin (kabih) sayılması lâzım gelen bir kaide güzelleştirilmiş, istihsan edilmiştir. Zira; bu müşrik araplarca mer'î olan musevî mevzuatı hukukiyesine göre, bir kerre bile pislenmiş bulunan birşeyin derhal imhası lâzım gelirdi. Peygamber, putperest arapların bir şeyi üç kerre yıkamakla temizleneceğine mütedair kanaat ve adetlerini islâmiyeti kabul ettikten sonra da devam ettirebilmeleri için, bu hususu istihsan eylemeyi lüzumlu addeylemiş bulunmaktadır. Zira islâmiyet akidelerinin belli başlılarından birisi de bir hususu teshil etmektir. Bu kaide muvacehesinde musevî mevzuatına göre, bir nesnenin bir kerre pislenmesiyle derhal imha edilmesi yolundaki hükmün, artık kalmaması lâzım gelirdi. Kaldıki böyle sert bir kaideyi, kabul etmek, esasen temizlik için malını feda edemeyecek olan halk tabakası için de, doğru addolunamazdı.

İstihsan delili ayrıca Kıyası Fukahaya da müstenit bulunmaktadır. Misal: Yırtıcı kuşlar tarafından avlanan kuşların eti, temiz telâkki edilmemek lâzım gelir. Bu kuşların havada uçarken yakalayıp öldürdükleri kuşlar; tıpkı ölü hayvanların etine benzetilmişlerdir. İşte Kıyas tarikiyle, bu kabil kuşların eti temiz addedilmiş ve, insan gıdasını teşkil edebileceği tekarrür ettirilmek suretiyle istihsan edilmiştir. Buradaki kıyas sarih bir kıyas (celî) olmayıp (hafî) bir kıyastır. Bu kıyas, av hayvanlarının gaga ve tırnaklarının, sair hayvanların kemiklerinden bir takım istimale salih aletler yapılması hususuna benzetilmek suretiyle vücude getirilmiştir.

Yırtıcı av kuşlarının gaga ile tırnakları ihata eden etlerin hayatiyetleri mevcut bulundukça, bu gaga ile tırnakları çürümek tehlikesinden masun bulundurdukları hususu nazara alındığı takdirde kıyas, celî olmuş olur. Binaenaleyh yırtıcı av kuşlarının tırnak ve gagaları boynuz maddesiyle muhat bulunduğu için, sair hayvanatın da vücudünden ayrılmış ve çürümekten kurtarılarak bir takım aletler yapılmış bulunan

kemikleri kadar temizdir. Bu kemiklerden nasıl bir takım aletler yapılıyorsa, o kadar temiz bulunan yırtıcı av kuşlarının gaga ve tırnaklariyle öldürdükleri diğer av kuşları da temiz olmak icab eder.

On beşinci delil: Kalbin şahadeti. (Şahadeti kalb) (Témoignage du coeur). Bu delile, tatbik olunacak hadise hakkında başka hiç bir delil bulunmadığı hallerde müracaat olunur. Bu gibi hallerde hakikatı ve doğru yu bulmak, böyle bir hüküm tesis etmek isteyen kimse; kalbinin sesine kulak verir. Kezalik fukuha beyninde bir mesele hakkında ihtilâf bulunup ta her iki tarafın delilleri de ayni kudret ve kıymette bulunduğu takdirde, yine bu delile baş vurulur. Bu delil yukarda da bilvesile zikri geçen« kalbine sor» hadîsine müstenittir. «Sevap, kalpte huzur ve emniyet vücude getiren, günah ise insandan sadır olur olmaz, kalbe gussa ilka eden fiillerdir»

Misal: İki tarafı dinleyerek delillerinin ayni kuvvet ve mahiyette olduğunu gören hâkimin, vicdanının sesine uyarak hüküm ita eylemesi gibi ki, hâkimin burada istinat etmiş olduğu delil, kendi şahadeti kalbiyesinden ibarettir.

On altıncı delil: Kur'a (Tirage au sort) kur'a bir delil olmaktan ziyade bir adalet vasıtasıdır. Tarafları hâkimin bitaraflığından emin kılmak üezere istimal olunur. Kezalik taraflara hükmün neticelerini hiç bir sızıltıya meydan vermeyecek surette kabul ettirmek için de emin bir çare olarak, kur'a usulü telâkki olunabilir.

Kur'a; 1 — Cenabı Hakkın müminlere nizadan kaçınmak için vaki emrine; 2 — Hazreti Peygamberin, başka bir çare bulunmadığı zamanlar, kur'a usulüne müracaat suretiyle meseleleri halletmekteki, tatbikatına; 3 — Molla Fenarîye göre de, İcmaı Ümmete istinat etmektedir.

Misal: Büyük bir arazi parçası mirasçılarla ayni hakka malik bulunan alacaklılar arasında taksim edilmek istenildiği takdirde, hisselerin birbirlerine tamamiyle eşit ve müsavi bulunması lâzım gelmektedir. Halbuki ekseriya, tarafları hisselerin yekdiğerinin tamamiyle ayni bulunduğuna iknaa maddî imkân mevcut değildir. İşte bu gibi hallerde hissedarlardan hiç birisinin şikâyetine mahal vermemek üzere kur'aya müracaat olunur.

Görülüyor ki, kur'a ispat vasıtası olmaktan ziyade, hükmün infazını teshil eden bir vasıtadır. Yani zamanımız tarzı telâkkisine göre, bir usulü icradır. Ancak kur'a usulüne her hissedarın mutlak surette yekdi-

gerine eşit ve müsavi haklara malik bulundukları hallerde müracaat olunacağı unutulmamalıdır.

* * *

Arzetmiş olduğumuz bu on altı mülhak delil, (Edillei mülhaka) İslâm Fukahası tarafından iddiaların ispatı zımmında kullanılan delil mahiyetinde kabul edilmişlerdir. Bunlardan herbirisi, bir hükme mesnet olabilir. Ancak, bizatihi delil mahiyetini haiz birer menba addolunamaz. Bütün sair menbaları vücude getiren ancak dört aslî delildir. Tâlî deliller (Edillei mülhaka) ancak hükümlere mesnet teşkil ederler. Kendileri, dört aslî delilden birisine istinat suretiyle mevcudiyet sahibidirler. Binaenaleyh bütün kudretlerini; hakayıkı islâmiyenin menbaı bulunan dört aslî delilden iktisap etmektedirler.

* * *

Mülhak deliller (Edillei mülhaka) bahsine nihayet vermeden ve mukaddimeyi ikmal etmeden, evvel okuyucuya ve bilhassa bu eserden istifade etmek isteyen talebeye bu deliller hakkında bazı izahat vermek lüzumunu duymaktayız.

İslâm Hukuku Esaslarının kolaylık (yusür) üzerine müesses bulunması prensibi ile mülhak delillerden ihtiyat, zahir, ezhar, şüphenin defi gibi bazı delillerde güçlük (üsür) bulunması arasında bir tenakuz mevcudiyeti görülebilir. Gerek hukukî muamelâtta, ve gerekse dinî muamelâtta bu muameleleri kolay bir hale getirmek İslâmiyetin en esaslı kaidelerindendir. Ancak bu kolaylık; hüsnüniyetin veya kudreti beşeriyenin bertaraf veya izale edemiyeceği, maddî esbabın mevcudiyeti halinde bahis mevzuu olur. Umumî vaziyetlerin, münferit hadiselerin istilzam ettiği kolaylıklar, kanunda esasen yazılıdır. Fakat bu kolaylıkların meşru olmaları için, ferdi Allahın ve Peygamberinin çizmiş bulundukları yoldan uzaklaştırmamış bulunması lâzımdır. Gerek şahısların hareketleri ve gerekse hâkimlerin icra ettikleri muamelelerinde müracaat olunan kolaylık, şüpheyi dai bulunduğu takdirde; insanı mevcudiyetinin gayesinden uzaklaştırmış, bu dünyada yegâne saadet olan ruh sükûnunu izale ve ukbada İslâm Cemiyeti içerisinde vazifesini ifa etmiş bulunması dolayısiyle, cezaya müstahak kılmış olur. Bu gibi hallerde ister bir şer'î mazeret, ister bir hukukî prensip olarak kabul edilsin, ve isterse bir adlî delil olarak kullanılsın kolaylığın; kabule şayan bulunmayacağı şüpheden azade bir keyfiyettir.

BİRİNCİ KİTAP

(Maksadü'l-Evvel)

Bu kitap dört fasıldan (Rükün) mürekkeptir:

1 — Kitabı mukaddes (Kur'an)

2 — Hazreti Peygamberin hattu hareket tarzı (Sünnet)

3 — İcmaı Ümmet.

4 — Fakîhler tarafından vücude getirilmiş bulunan (Kıyası Fukaha)

BİRİNCİ FASIL

(Rüknü Evvel)

Bu Kitabın birinci faslı iki kısma ayrılmıştır. Birincisi Kur'anın kendisinden «Mebahisi Hassa»; ikincisi Kur'anın Peygamberin Sünneti ile müşterek bulunan meselelerinden bâhis bulunacaktır. (Mebahisi Müştereke).

Bu kitap şer'i delilleri tetkik eden bir hâtime ile nihayet bulacaktır.

BİRİNCİ KISIM

(Kur'an) (Mebahisi Hassa)

Bu birinci kısım da dört bahse ayrılmıştır.

Birinci bahis Kur'anı vasıflandıran ve onu diğer kitablardan tefrik eden hükümleri muhtevi bulunacak; ikinci bahiste Fukaha tarafından serdolunan ve Kur'anı teşkil eden elfaz kelime ve cümlelere ait bulunan fikirlerden; üçüncü bahiste Kur'anın tarifinden; dördüncü bahiste ise, Surelerin baş taraflarında bulunan besmeleden bahsolunacaktır.

BİRİNCİ BAHİS

Kur'anın farik vasıfları

İslâm aleminde tebellür etmiş noktai nazarlara göre, Kur'anın farik vasıfları hakkında dört fikir mevcuttur;

A — Kur'anın evsafını zikretmek ve diğer kitaplardan tefrik etmek için mevcut noktai nazarlardan birisi, bu farkları dört esasta mütalâa etmektedir:

1 — Aciz. Yani bir kimsenin Kur'ana mümasil bir kitap meydana getirmesinin imkânsız bulunması.

2 — Nüzul. Kur'anın Allah tarafından Hazreti Peygambere inzal edilmiş yani gönderilmiş bulunması.

3 — Bu kitabın mevcut Kur'an nüshalarında yazılı bulunması.

4 — Red ve cerh edilmesine imkân bulunmayan şahadetlerle (tevatür) Kur'anın Allah tarafından nasıl gönderilmiş, (İnzal Cebrail tarafından Peygambere nasıl intikal etrilmiş ise, en küçük bir değişikliğe maruz bırakılmadan, o suretle müminlere vasıl olduğunun sabit bulunmuş olması.

B — İkinci noktai nazar Kur'anda, iki farik vasıf görmektedir:

1 — Hazreti Peygambere Allah tarafından gönderilmiş olması (inzal)

2 — Gerek üslup, gerek muhtevî bulunduğu efkâr bakımından bir ferdin böyle bir kitap meydana getirmesinin imkânsız bulunması.

C — Üçüncü noktai nazar üç farik vasıf kabul etmektedir:

1 — Peygambere Allah tarafından gönderilmiş (İnzal) olması.

2 — Mevcut Kur'an sayfalarında yazılı bulunması;

3 — Red ve cerh olunamayan şahadetlerle (tevatür) Kur'anın vahiy tarikiyle gönderilmiş (inzal) olduğunun sabit olmuş bulunması.

D — Dördüncü noktai nazar, farik vasıf olarak Kur'anda bir vasıf görmektedir. O da tevatür ile Kur'anın Hazreti Peygambere inzal edilmiş bulunmasının sabit olması keyfiyetidir.

Not: Tevatür, adetleri kesîr ve ahlâkî selâbetleri herkesce malûm olan zevatın şahadetidir. Öyleki; bu derecede ahlâkî selâbete malik bu kadar çok kimsenin yalan söylemek için birleşmelerini aklı beşer idrak edemez.

İKİNCİ BAHİS

Kur'anı teşkil eden elfaz, kelime ve cümlelere ait fukahanın noktai nazarları

Kur'anın kelime ve ayetleri hususundaki noktai nazarlar muhteliftir.

Bu bahiste belli başlı üç mezheb mevcut olup her birisinin, bir çok salikleri mevcuttur.

Birincisi İmamı Azamın mezhebidir. Buna göre Kur'anın en küçük bir ayeti bile. örfen Kur'an telâkki olunmasa dahi. hükmen ve hakikaten Kur'andır.

İmamı Muhammet ve İmamı Ebu Yusufun (İmameyn) noktai nazarları olan ikinci mezhebe göre, üç kısa ayet veya bu üç kısa ayet uzunluğunda bir ayet, örfen, hükmen ve hakikaten Kur'andır.

Usuliyyunun bu hususta, üçüncü mezhebin efkârını temessül etmişlerdir. Bu hususdaki üçüncü mezhebin efkârına göre, Kur'anı teşkil eden her kelime örfen Kur'an telâkki olunmasa dahi, hükmen ve hakikaten Kur'an sayılmak lâzım gelir. İlk iki mezhebe ait fikirler, tatbikat sahasını ibadete müteallik ahkâmda bulmaktadırlar. Üçüncü mezhebe müteallik fikirlerin tatbik sahası ise muamelâttır. Bu maruzatımızın bir nebze izaha ihtiyacı vardır. Bu izahatı yukardaki tariflerin aşağıda görülecek olan tetkikatı, ve bunlara müteallik şeraitin tafsili ile vermiş olacağız.

«Hükmen Kur'an» ne demektir.? Hükmen Kur'an, Kur'anın aşağıda yazılı dört keyfiyeti cami olan aksamına ıtlak olunur:

Birinci keyfiyet: Kur'anın «Hükmen Kur'an» aksamından bir cüzünü inkâr eden veya muhtevî bulunduğu hakikati inkâr maksadiyle ketmeden kimse kâfir olur. (Kâfir, kefere fiilinin ismi failidir. Hakikatlerin üzerine, inkâr etmek maksadiyle bir örtü örtmek. yani hakikatleri gizlemek demektir. Fransızca kelimeler arasında bu manayı ifadeye en ziyade yaklaşanı «Mecréant» kelimesidir)

İkinci keyfiyet; Kur'anın, namazda okunması aklan caiz bulunan aksamından bulunmak;

Üçüncü keyfiyet: Kur'anın abdestsiz (Gusulsüz) ele alınmasına imkân bulunmayan aksamından olmak;

Dördüncü keyfiyet: Kur'anın hükmü kat'îyi muhtevi bulunan aksamından olmak.

Kur'anın zikrolunan bu dört keyfiyeti cami aksamı, hukuk ilminde delil olarak telâkki edilen, adlî ve kanunî mevzuatta ispat kudretine haiz bulunan aksamıdır.

Örfen Kur'an nedir.? Kur'anın bütün müslümanlarca daimî ve umumî olarak tatbikatta esas ittihaz edilen aksamına örfen Kur'an denir. Yukarda zikrolunan dört keyfiyeti cami olan aksam, örfen Kur'an meyanına dahil bulunduğu gibi, bir beşinci keyfiyet te örfen Kur'ana dahildir ki, bu beşinci keyfiyet; hiç bir kimsenin Kur'anın bütün aksamına şamil olmak üzere bu ayarda bir nesir nümunesi meydana getirmesinin imkân ve ihtimal haricinde bulunmasıdır. Bu beşinci keyfiyet, ihtirazîdir. Bu kayıtla; her hangi bir beşer muhassalasının, Kur'anın evsafına müdahale edemeyeceği hususu önlenmiş bulunmaktadır.

İslâm cemiyeti gerek dine ait ve gerekse muamelâta mütedair bulunsun bilumum âdet ve an'analerinin tatbik şeklini, ve bu tatbikatın şer'en ve kanunen sübut vasıtalarını, Kur'anın bu beş keyfiyeti cami aksamında bulacaktır.

«Hakikaten Kur'an», Kur'anın metnini teşkil eden her kelime hakikaten Kur'an mefhumuna dahildir. «Hükmen Kur'an», ayni zamanda «Hakikaten Kur'an»dır. Yalnız başına «Hakikaten Kur'an», yani yukarda gösterilen beş keyfiyeti cami bulunmayan yalnız başına Kur'an metni, yine Kur'an olarak telâkki edilmek vasfını gaip etmez. Ancak bunda delil olmak, yani örfen ve hükmen istimal olunmak sıfatı mevcut değildir. Tabiri diğerle, Kur'anda yazılı tek bir kelime, yani hakikaten Kur'an ne bir sübutu şer'îde, ne mevzuatı hukukiye ve ne de tatbikatı adliyede bir istinat, bir esas teşkil etmez. Bu tek kelimenin manasının hükmen ve örfen fiilî bir vazifesi yoktur.

ÜÇÜNCÜ BAHİS

Kur'anın tarifi

Cenabı Hak tarafından insanlara gönderilmiş bulunan kitablar arasında Kur'an, Hazreti Muhammede vahiy yolu ile ve Cebrail vasıtası ile gönderildiği (İnzal edildiği) red ve cerhi kabil olmayan şahadet ile (tevatür) sabit büyük bir kitapdır (nazmı celil)

Bu tarifte üç unsur mevcut bulunmaktadır ki, bu üç unsur, Kur'anı,

diğer semavî kitaplardan ve yine Hazreti Muhammede vahiy tarikiyle bildirilen hadîslerden ayırmaktadır:

1 — Cebrail vasıtası ile gönderilmiş olması. Bu unsur, Kur'anı Hazreti Peygambere vahiy tarikiyle ilham edilen hadîslerle, (Ahadisi Kudsiye) yine Peygamberin sair hadîslerinden (Ahadisi Nebeviyye) ayırmaktadır.

2 — Hazreti Peygambere gönderilmiş (inzal edilmiş) bulunması. Bu unsur da Kur'anı Tevrat, İncil, Zebur vesair peygamberlere Cenabı Hak tarafından gönderilmiş kitablardan tefrik etmektedir.

3 — Red ve cerhi kabil olmayan zevatın şahadetleriyle sabit olması. (Tevatür)

Bu unsur Kur'anı aşağıda yazılı üç halden tefrik eder.

A — Okunması terk olunmuş ayetlerden (mensuh)

B — Okunması istisna teşkil eden kıraatlerden. (Kıraati Şazze)

Bu nevi kıraatler zamanımıza kadar bir çok şahitler tarafından intikal ettirilmiş ve Kur'anı ilk defa bu şekilde okuyan zevatın ehemmiyeti dolayısiyle, adeta bir marufiyet iktisap etmişlerdir. Abdullah İbni Mes'udun Kıraat tarzı bu cümledendir. Müşarünileyh yemine ait keffaret ayetini -ki bu ayet yemin eden kimsenin yeminini bozduğu taktirde üç gün oruç tutmasını amir bulunmaktadır.- bir biri ardınca (Mütetabiat) üç gün oruç şeklinde, okumakta idi. İşte Abdullah İbni Mes'udun bu şekilde okuyuşu bir istisna teşkil eder. Binaenaleyh şazdır. Bu şekilde okuyuş, redd ü cerhi kabil olmayan diğer şahadetle (tevatür) tevsik edilmemiştir.

C — Yalınız tek bir kişi tarafından okunan sekilden (Ehadi kıraat) yani okunuş şeklinin tek bir kişi tarafından intikal ettirilmiş bulunan suretten. Ramazanda oruca niyet ederek hiç bir mücbir sebeb olmaksızın orucunu bozan kimsenin, bu bir güne mukabil otuz gün oruç tutmasını amir bulunan ayette olduğu gibi, ki İbni Kâ'b, bu ayete de birbiri ardınca (Mütetabiat) kaydını ilâve etmiş bulunmaktadır. Binaenaleyh tek bir kişinin intikal ettirmesi dolayısiyle bu kayıt bir hüküm ifade etmemektedir.

DÖRDÜNCÜ BAHİS

Besmeleye Dair

Her sure «Bismillahirrahmanirrahim» Gafur ve Rahim olan Allahın adı ile, diye başlamaktadır ki buna, besmele denir. İmamı Malik besmeleyi Kur'an aksamından addetmemektedir. İmamı Şafiî Kur'an aksamından bulunduğuna kanidir. İmamı Azama göre ise, İlk besmele Allah tarafından Cebrail vasıtasiyle Hazreti Muhammede gönderilmiş (İnzal edilmiş) bir ayet olup, surelerin başlarında bulunan diğer besmeleler, sureleri yekdiğerinden ayırmak için konulmuş ve binaenaleyh Kur'an aksamından bulunmamıştır.

KUR'AN MUHTEVİYATI HAKKINDA TAMAMLAYICI MALÛMAT

Kur'an, Surelere münkasimdir. Her sure ayetlerden müteşekkildir. Ayet, bir fikri tamamen ifade eden bir cümle demektir. Kur'anın muhtevi bulunduğu ayetler iki nev'e ayrılırlar.

1 — İnşaî olan ayetler. (Construisant)

2 — İhbarî bulunan ayetler (Avertissant)

İnşaî olanlar şer'î bir hüküm vaz eden ayetlerdir. Bu ayetler adlî ve hukukî mevzular meydana getirirler ki, bunlar da ayrıca sekiz kısma ayrılırlar.

1 — Hikâyeler, menkıbeler (Récits)

2 — Mükâfata veya mücazata mütedair vaitler (Vad ü vaîd)

3 — Dünya evsafını tasvir (Efsafı dünya)

4 — Ahiret evsafını tasvir (Evsafül ahire)

5 — Cevherin ve Halikin evsafını tasvir (müteşabihat)

6 — Emir ve nehiy şeklinde bildirilmemiş bulunan ahkâm.

7 — Tufanı anlatan ayetlerde olduğu gibi, ibret ve nasihatları muhtevi ayetler.

8 — Mutlak surette inşaî olan ayetler.

Mutlak surette inşaî bulunan ayetler, gerek âmir bir şekilde bulunsunlar, gerekse bu halde olmasınlar, mutlak surette şer'î bir hüküm vücude getirirler.

Misal: 1— «Allaha yaklaşmak isteyen kimsenin, Allaha başka bir ilâh teşrik etmemesi ve ameli salihde bulunması lâzımdır.»

Misal: 2 — «İnsan ancak çalışması ile (Say) değer iktisap eder» Ayetlerinde olduğu gibi.

İhbârî bulunan ayetler, Kur'anın nüzulü esnasında malûm bulunan ef'al ve eşyayı istihdaf ederler. Yani ihbarî ayetlere müteallik bulunan ef'al ve hadisat, Kur'andan evvelki mevzuat esnasında da mevcut bulunmakta idiler. Kur'an bu ef'ali, ya olduğu gibi veya aher bir şekilde; fakat ekseriya emsal şeklinde zikreder. Bu ayetlere ihbarî denilmesinin sebebi, bu gibi ef'alin eskiden de mevcudiyetini fukahaya ihbar etmiş bulunmaları dolayısiyledir.

KUR'ANIN TEFSİR VE OKUNUŞU (KIRAETİ)

(Commentaire)

Tefsir ilmi, Arap dünyasında edebî sanatları teşkil eden ve okunan bir şeyden mana çıkarmaya yarayan bedî, beyan ve mantık bilgilerine mütevakkıfdır. Kur'anı hiç bir kimse kendi şahsî fikir ve mütalâalarına göre tefsir etmek hakkına malik değildir. Hazreti Peygamber bir hadîsi ile bu hususu, sureti kat'iyede men etmiştir ki, o hadîs de şudur. «Kur'anı kendi fikir ve kanatına göre tefsir eden kimse, cehennemde kendisine bir yer ihzar eder»

Böyle büyük bir günaha girmeksizin Kur'anı tefsir etmek isteyen kimsenin; 1 — Lügat, 2 — Istılah (Technologie), 3 — Nahiv (syntaxe), 4 — Maanî, 5 — Kelimelerin vazı'ları, 6 — Hadîs, 7 — Usulü Fıkıh, 8 — Tatbikatı hukukiye (Furu'u Fıkıh), 9 — Kelâm (Théologie), 10 — Tarih;

İlimlerinde bihakkın malûmat sahibi bulunması lâzımdır. Bu on ilimde Arap lisan ve edebiyatına, İslâm Dinine ve İslâm Hukukuna ait malûmatın cemedilmiş bulunduğu görülmektedir.

Büyük Kur'an tefsircileri, hakikaten ilimlerine erişilmesi güç âlimlerdir. Bu zevat yukarda zikrettiğimiz ilimlerden başka, zamanlarında carî sair ilimlerde de malûmat sahibidirler. Bu zevatın en meşhurları şunlardır:

1 — Abdullah İbni Abbas. Sahabedendir. Tefsir isimli eseri, bütün tefsir kitaplarına mehaz teşkil eder.

2 — Kâ'bül' Ahbar. Sahabedendir.

3 — Ebu Mansur El Matüridî. Bu zat çok meşhur olan eserinde, Kur'anın muhtevi bulunduğu bütün hükümleri, Hanefî Mezhebine mahsus itikadatla birlikte, şerh ve izah eylemiştir. Esasen Matüridî, Hanefî Mezhebinin şeyhlerinden bulunmaktadır. Büyük tefsiri (Tecvilâtı Matüridîye) ismini taşımaktadır.

4 — Meşhur Zimahşerî, Eseri gerek üslûp, gerekse Arap lisanının tatbiki bakımından çok meşhurdur. Kendisi, mutezile ulemasındandır.

5 — Eserinde bütün Hanefî Mezhebinin akidelerini cem etmiş bulunan Fahrü'd-Dini' r-Razî.

Malikî ve Hanbelî Mezheblerinin de ayrı tefsirleri . mevcuttur. Bu tefsirler, mezheb imamlarının neşrettikleri fikirleri, talebelerinin yazmaları ile vücud bulmuştur.

KUR'ANI OKUMA (KIRAAT) İLMİ

Kur'anın ne suretle okunacağı hususunda farklar mevcuttur. Okunuş tarzındaki bu farklar, beş nev'e ayrılırlar.

A — Birinci nevi: Bu nevi okuyuş tarzı redd ü cerhi kabil olmayan şahadete (tevatür), dayanmaktadır. Yani tevatür halinde intikal ettirilmiştir. Bir çok Ashab, Kur'anın ancak bu şekilde okunduğunu ve bu hususun, Hazreti Peygamberin de teyidine mazhar bulunduğunu teyit etmişlerdir. Bu kadar kuvvetli teyide mazhar olmuş bu okuyuş tarzı, ecdattan ecdada, nesilden nesile intikal ettirilmiş ve asırlar, bu tarz okuyuş üzerinde en ufak bir tegayyür dahi icra edememiştir. Bütün ibadet ve dualar bu tarz kıraat üzerine icra edilmiş, bütün hukukî mevzuat, bu tarz okuyuş üzerine istinat ettirilmiştir. Bu nev'e dahil bulunan kıraat, yedi tarza ayrılmaktadır.

1 — Nafii Medine'nin Ashabdan Ebu Caferden ahzederek intikal ettirmiş bulunduğu tarz. Bu tarzı kıraat, mevcutların en mükemmeli olup Osmanlı devleti de bunu kabul etmiş bulunmaktadır.

2 — Ashabdan Abdullah İbni Sâipten ahzedilerek Mekkeli İbni Kesserî tarafından intikal ettirilen tarz.

3 — Ebu Ca'feri'l-Müçtehit den ahzolunarak Basralı Ebu Amir tarafından intikal ettirilen tarz.

4 — Şamlı İbni Amir tarafından intikal ettirilmiş bulunan tarz.

5 — Zübeyr İbni Habeşî den ahzolunarak Kûfeli Asım tarafından intikal ettirilmiş bulunan tarz.

6 — Asımîden alınarak Hamza tarafından intikal ettirilen tarz.

7 — Hamzadan alınarak Kissaî tarafından intikal ettirilen tarz.

Bu birinci nev'e dahil ve yedi kısımdan müteşekkil bulunan kıraat tarzlarını inkâr eden, vüsuk ve sıhhatini kabul etmeyen kimse, kâfir olur.

Hicretin dördüncü asrı ülemasından bulunan İbni Cezairî, kendi ismini vermiş olduğu eserinde, bu tarz kıraatin en ince teferruatına kadar tafsilâtını vermektedir.

Zamanımıza kadar intikal ettirilmiş bulunan bu yedi tarz okuyuş, Hazreti Peygamberin Ashabından alınarak intikal ettirilmiştir ki, onlar da şunlardır.

1 — Üçüncü Halife Osman İbni Affan.

2 — Dördüncü Halife Ali İbnü Ebî Talip.

3 — Übeyy İbni Kâ'b.

4 — Zeyd İbni Sabit. Bu zat birinci ciltde de tafsil ettiğimiz veçhile Hazreti Peygamberin vahiy kâtibi idi. Müşarünileyhe nazil olan vahiyleri, Hazreti Peygamberin imlâ etmesi suretiyle yazardı. Halife Ebu Bekirin emri ile Kur'anı nasıl cem etmiş bulunduğunu, birinci ciltde izah etmiş idik.

5 — Abdullah İbni Mes'ud.

6 — Ebü'd-Derda.

7 — Muaz İbni Cebel.

8 — Ebu Zeyde'l-Ensarî.

Bu yedi tarz kıraat hakkında, Hazreti Peygamberin bir hadîsi mevcuttur ki, bu hadîs, şu vesile ile vücut bulmuştur:

Peygamberin hali hayatında Ömer, Kur'an surelerini Übeyd İbni Ka'b'ın okuyuş tarzını tenkit ederek, bu tarz kıraatın sıhhatini inkâr etti. Bu ihtilâfı Hazreti Peygambere arzettikleri zaman, müşarünileyh, evve-

lâ Hazreti Ömere, sureyi okumalarını emir buyurdular. Ömer sureyi okuyup bitirince (Tıpkı İnzal edildiği gibi-Hakeza Ünzil) dediler. Bunu müteakip, o sureyi okuması için Übeyy İbni Kâ'b'a emir buyurdular. Onu da dikkatle istima ettikten sonra, Ömere söyledikleri sözü aynen Übeyy'e de tekrar ettiler; ve bilâhare, «Kur'an bu yedi tarz okuyuş üzerine nazil olmuştur, ki hepsinin manası birdir.» buyurdular.

Esasen bu yedi tarz okunuştaki farklar, manayı asla tebdil etmeyen yazı şekillerine ait inceliklerde mevcuttur ki, bunlar imâle, hemzenin kalın veya ince okunuşu gibi farklardır. Kelimelerin telâffuza ve yazılış şekillerine ait olan bu farklar, manada en küçük bir tehalüf vücude getirmez. Bu noktada her dört mezhebin imam ve fukahası müttefik bulunmaktadırlar.

B — İkinci nevi. İkinci nevi okuyuş tarzına üç meşhur okuyucu (Kurra') dahildir.

1 — Ebu Cafer (Tabiinden)
2 — Yakup (Tabiinden)
3 — Halk (Tabiinden)

Bu üç nevi okuyuş tarzı da birinci nev'e dahil, yedi tarz gibi makbul ve muteberdir.

C — Üçüncü nevi. Bu nev'e tek bir şahsa mahsus okuyuş tarzları dahildir. (Kıraati ahad) Bunlar öyle kıraat tarzlarıdır ki, sıhhatleri ciddî delillerle isbat olundukları halde, amme tarafından tasvip olunmamışlardır. Bundan başka bu tarz kıraatler, halife Osman tarafından yazılmış Kur'an yazısiyle tetabuk etmedikleri gibi, Arap sarf ve nahvine de mugayir bulunmaktadırlar.

D — Dördüncü nevi. Müstesna (Şaz) olan kıraatlerdir. Sıhhatleri kabili inkâr bulunduğu için nazarı dikkate alınmamışlardır.

E — Beşinci nevi. Tefsir ve izah sadedinde ilâveler yapılmış bulunan okuyuş tarzıdır ki, buna (Kıraati müdrece derler). Saad İbni Vakkas'ın: «Felehu-Ahtün ev-Uhtün» ayetine «min üminin» ilâve etmiş bulunması gibi.

İKİNCİ KISIM

Müşterek bahisler
(Mebahisi müşterekę)

Bu kısım beş bahsi muhtevidir:

1 — Lâfzın dört sınıfa tefriki.
2 — Emir ve nehiy.
3 — Mutlak ve mukayyed.
4 — Edatlar.
5 — Beyan.

Bu beş bahis, Kur'anı teşkil eden elfaz ile Sünneti teşkil eden elfazın şer'î kıymetlerini ayni sıhhatle tesise yararlar. Gerek Kur'an, gerekse Hadîs bir takım sureler ve ayetlerden müteşekkildir ki, bunların her birisi birer nazım vücude getirirler. (*) Bu nazımlar her fiili beşerdeki mevcut şer'î hükmü işbata yararlar. Kur'an ve Hadîsdeki bu lâfızlar, ef'ali beşeriyeye izafe edilmiş bulunan şer'î hükümlerin mevcudiyetini isbata has delillerdir ki, usulen ayrı dört sistem halinde mütalâa olunmaktadırlar. Bu tasnifin gaye ve neticesi Kur'an ve Hadîsteki her kelime ve cümledeki şer'î hükümleri çıkarmak ve fukahaya her kelime ve cümlenin ihtiva ettiği şer'î hükümleri bildirmek suretiyle beşer fiillerini bu hükümler ile mücehhez kılmakdır. Kezalik yine bu tasnif sayesindedir ki, bu iki menbada mevcut hakayıkı şer'iyenin asırlara istinat ettirilmek suretiyle, içtihad yolu ile elde edilen mukarreratın da isbatı mümkün olmaktadır. Menbalarda mevcut kaide ve usulleri meydana çıkarmak suretiyle Teşri Usulünün (Usulü Fıkıh) meydana gelmesi de yine bu tasnif sayesinde imkân dahiline girmektedir. Faslın sonunda, bunun için, delillerin tam bir tetkikini gösteren bir ek bulunacaktır,

Bu tasnife girmeden evvel okuyucuya, Kur'an ve Hadîsdeki lâfızlar hakkında umumî malûmat vermek faideli olacaktır.

Birinci kısımda Kur'anın tamamiyle kendisinden bahsetmiş idik. İkinci kısımda Kur'an ile Hadîsde mevcut elfaz, müşterek olarak tetkik edilecektir. Zira bahis mevzuu olan elfaz, gerek Kur'anda ve gerekse Hadîsde mevcut olup da hukukî mevzuata mevzu teşkil eden elfazdır. Bu elfazın her birisinin haiz bulundukları kıymeti hukukiye, fukahanın bu

cildin başında izah etmiş bulunduğumuz içtihad yolu ile açıklanmış bulunmaktadır.

Şimdi yapacağımız iş, bu lâfızların hukukî ve şer'î kıymetlerini tesbit için kullanılmış bulunan usul ve kaideleri mümkün olduğu kadar itina ile tetkikten ibarettir.

ELFAZI TEŞKİL EDEN KELİMELERİN MANA (VAZI') LARI

Kelimenin vaz'ı demek o kelimenin gerek konuşma lisanı gerekse ilim dilinde ne manaya (vecih) alınmış olduklarının bilinmesi demektir. Bu vecihler o suretle tayin olunmuştur ki her kelimenin ne mana ifade etmekte bulunduğu kat'î ve sarih bir surette taayyün etmiş bulunmaktadır.

Her kelimenin ihtiva etmekte bulunduğu kıymet; vaz'ına yani veçhine, ne suretle mevzu bulunduğuna göre, tebeddül eder. Mantık, nahiv kaidelerine göre kelimelerin vazı'larının ne suretle vücude geldiğini gösteren vecihler dört nevi üzerine mütalâa olunur.

1 — Lisan ve lûgat, Her ikisi de birer mevhibei hudadır. Bunlar vasıtasiyle dir ki, her kelimenin lisanın kendisine vermiş bulunduğu ilk mana ne ise o anlaşılır. Görülüyor ki, her kelimenin birinci manaları, yani manayı aslîleri lisan vasıtası ile meydana gelmektedir. Buna lûgat manası denir. Misal: «Bey'». Bu kelimenin vaz'ındaki ilk mana, bir şeyi bir şeyle değiştirmek, mübadele etmek demektir.

2 — Umumî örf (Örfü Âm-Usage général). Ayni lisanı konuşan bütün bir milletin, o kelimeyi kullanış şeklidir. Bu kullanış şekli ile, yani umumî örf ile kelimenin ikinci bir mana iktisap ettiği görülür. Misal: Dabbe kelimesi. ilk manasında, yürürken gürültü yapan hayvan demek idi. Yerde yürüyen bütün hayvanlar, yürürken az veya çok bir gürültü çıkarır lar. Ancak, Arap milletinin bu kelimeyi örfen istimali şekli, bu kelimeye tahdidî bir mana izafe etmiştir. Yani dabbe kelimesi örfen at, deve, katır gibi insanların binmek için istimal ettikleri nakil vasıtalarına intikal ettirilmiştir. Binaenaleyh dabbe kelimesi artık zihinlerde arslan, kaplan, zürafa gibi hiç bir hayvanın mevcudiyetini uyandırmamakta, yalnız binek olarak istimal edilen hayvanlara mahsus bulunmaktadır.

3 — Hususi Örf (Örfü Has-Usage spécial). kelimenin hakikî ma-

nası, bir şehir halkı veya bir kısım esnaf tarafından tadile uğratılabilir. Misal: Minşar kelimesi gibi. Bu kelimenin hakiki manası, ayırıcı, tefrik edici demektir. Fakat marangoz esnafı bu kelimeyi, bir nesneyi diğerinden ayıran alete izafe ederek, destere manasını vermişlerdir.

4 — Mevzuat. Hukukî mevzuatta kullanılan kelimeler, ekseriya hakiki manasından başka bir manaya kullanılmışlardır. Misal: Akid kelimesi. Hakikî manasına göre bu kelimenin manası, bağ demektir. Hukukî mevzuat ise bu kelimeyi, mukavelâtı vücude getiren iradelerin telahuku manasına almış bulunmaktadır.

Görülüyor ki hukukî mevzuata mahsus kelimeler de hususî bir mana taşımamaktadırlar. Bunun örfü has taksimine ithal edilmeyip te başlı başına bir kısım halinde mütalâa edilmesi, İslâm Hukukunun başlı başına vahyî bir vasıf taşıması dolayısiyle bunun sanat, zenaat gibi kısımlarla hiç bir zaman karıştırılmamış bulunması sebebinden ileri gelmektedir.

Gerek örfü has, ve gerek hukukî mevzuat dolayısiyle kelimelerin aslî manalarından başka bir mana ifade etmeleri keyfiyeti, teknik ve ilmî tabirleri vücude getirirler. (Elfazı İlmiye)

Her lâfızda üç mana müşahede olunur:

1 — Lâfzın ifade ettiği mana. Bu, lâfzın lûgat manası, yani o lâfzın lisana kabul edildiği zamanki, ifade etmiş bulunduğu manadır. Lâfzı bu manaya almak, lûgat manasını almak demektir. Her kelimenin şekil ve manayı aslîsini lûgat manası teşkil eder. Misal: Recül kelimesi. Bu kelimenin hakiki manası, insanın zihninde hür, hürmete şayan ve sair vasıflarını cami' bir erkek mefhumu vücude getirir.

2 — Lâfzın delâlet ettiği mana (medlûl). Lâfzın delâlet ettiği mana bir lâfzın münferiden, veya müştereken muhtevi bulunduğu birliklerin cümlesini istihdaf eder. Medlûl, insanın zihnini o lâfzın muhtevi bulunduğu âm olan birliklere sevk ettiği gibi, o âm olan birliklerde dahil bulunan cüzülere de sevk eder Misal: «İnsan fanîdir» denildiği zaman «insan» kelimesinin ihtiva etmiş bulunduğu birlikler (Unités) dolayısiyle bu lâfızda, bütün insanların dahil bulunduğu anlaşılır.

İmamı Azam medlûl'u şu suretle tarif etmektedir: «Lâfzın zihinde husule getirdiği mefhum, o lâfzın manasını teşkil eder. Lâfzın istihdaf ettiği birlik veya birliklerin (L'unité ou les unités) heyeti mecmuası ise.

medlûlü vücude getirir. Misal: Kitap, İnsanın zihninde, üzerinde yazılar yazılı sayfalardan mürekkep bir cilt mefhumunu tevlit eder. Bu, Kitap kelimesinin manasıdır. Bu kelime ile istihdaf edilen birlikler yani efrat ise, bütün kitaplara racidir. İşte bu, Kitap lâfzının medlûlüdür.

3 —. Ahkâm. Lâfzın mana ve medlûl itibariyle haiz bulunduğu manayı muhtevi bulunmasının neticesi olarak, ahkâm vücude gelir. Misal: «Ömer, İnsandır» denildiği zaman, insan mefhumunun haiz olması lâzım gelen bilumum vasıflar derhal kendiliğinden vücut bularak, bu vasıfların bütün hukukî ve mantıkî neticeleri Ömerin üzerine terettüp eder.

Kelimelerin manalarına ait felsefî tahlili, İmamı Azama borçlu bulunmaktayız. Bu zatı âli, İslâmî esasattan birisi bulunan lisanın, bir mevhibei huda olması prensibini ele alarak, kanunu umumînin tanzimi için, arapça kelimelerin hakikî manalariyle meşgul olmak suretiyle işe başlamıştır. Kelimelerin insan zihninde vücude getirmiş bulundukları mefhumu tarif ihtiyacını, müşarünileyh diğer fukahadan ziyade lüzumlu addetmiş ve Kitap ile Sünnette mevcut kelimelerin hukukî ve şer'î kıymetlerini vazıh bir surette tayin için azamî surette hasrı mesai eylemiştir. Müşarünileyhe göre, İslâm İçtihadı Hukukîsini meydana getirmek için istinat edilecek yegâne mesned, Kur'an ile Sünnetin muhtevi bulundukları elfaza kat'î ve sarih bir surette hukukî kıymet izafe edebilmektir. Hanefî Mezhebi içtihadı hukukîsini teşkil eden ahkâm; gerek ef'ali beşeriyenin tavsifi ve gerekse insanı muhît bulunan eşyanın istimali için, Kur'an ve Sünnetteki mevcut elfazın birer neticesi olarak vücut bulmuşlardır.

Ebu Hanîfe, bütün ef'ali beşeriye ve beşer'i ihata eden eşyanın istimali dolayısiyle vücut bulan kanunî neticeleri tam bir sıhhat ile tesis etmek için, şu kaideleri kabul etmiş bulunmaktadır:

1 — Elfâzın bir «şey»i veya bir «fiil»i göstermek veya vasıflandırmak için, insan zihninde tevlit ettiği «mefhum»un sıhhatle malûm olması.

2 — Bu mefhumun, her münferit fiilin veya şeyin zatına mahsus vasfı, olduğu gibi gösterebilmesi. Yani, lâfzın manası ile istihdaf edilen birliklerin her birisini ifade suretiyle, bu ifade ettiği şeylerin vasıf ve nevileri hakkında kat'î ve sarih bir fikir tevlit edebilmesi.

3 — Lâfzın nevi ve vasfını bildirmek suretiyle tevlit ettiği mefhumun, imkân hududları dahilinde bulunarak bu hududları tecavüz etmemiş olması.

Birinciye Misal: Satış akdinin hâkim huzurunda bir hüküm ifade edebilmesi için: A — Satış (beyi') lâfzının hukukî manası ve bütün vasıfları kat'i bir sarahatla malûm bulunmalıdır. B — Bu lâfzın medlûlü (Sens prouvé) satış (beyi') kelimesinin manasına dahil ve icabına adliye huzuruna götürülebilecek, bütün satışlara kabili tatbik olmalıdır. Tabiri diğerle, bu medlû'lün içine almış olduğu birlikler, hukukî olarak kıymetlendirilebilmelidir. C — Bu kelimenin ifade ettiği mananın, kabiliyeti icraiyesi bulunmalıdır. Kanatlı bir atın satılması maddeten imkân haricindedir. Binaenaleyh, böyle bir satış hiç bir suretle bir dava mevzuunu teşkil edemez.

İkinciye Misal: İnsan ef'alinde hırsızlık diye vasfı kanunî almış bulunan hırsızlık lâfzının bir netice tevlit edebilmesi için: A — Hırsızlık lâfzının hukukî manası, bütün vasıflariyle tayin ve tesbit edilmiş bulunmalıdır. B — Sarih ve kat'î surette tesbit edilmiş olan bu mana, lâfzın muhtevi bulunduğu birliğe tamamiyle kabili tatbik bulunmalı, yani adliye huzuruna sevk edildiği zaman bir tatbik sahası bulabilmelidir. C — Bu hırsızlık vasfının tevlid etmiş olduğu mana ve medlûl, imkân dahilinde bulunmalıdır. Bir dağın hırsızlıkla çalınması iddiası gibi, imkân sahasını aşmamalıdır.

Şu ita etmiş bulunduğumuz izahat, İslâm Hukuk Şinaslarının elfazın dörde ayrılması hususunda istinat etmiş bulundukları efkârın daha kolay anlaşılmasına yardım edecektir sanırız.

ELFAZIN TAKSİMATI

Hukuk İlmine mahsus elfazın sınıflara taksimi ve her bir sınıfın ahvalini tetkik ile her lâfzın haiz bulunduğu kıymet ve bu lâfızların neticesi olarak vücude gelen mantıkî ve hukukî neticeler, bu kısmın mevzuunu teşkil edecektir. Bu kısım, Teşri Usulü (Usulü Fıkıh)nün en güç, en ince, en üzücü bir bahsidir. Onun içindir ki bu bahsi yazmak için azamî bir itina göstermiş ve eserimizin hacminin müsaadesi nisbetinde, müm-

kün olduğu kadar tafsil etmeye çalışmış bulunmaktayız. Bahis her ne kadar sıkıcı bir bahis isede, tatbikî neticeleri itibariyle çok verimlidir. Bu bahsin tetkiki iledir ki hasıl olacak netayiç itibariyle teşrii «asıl» lar meydana çıkacaktır. Ne cihetten bakılırsa bakılsın bu bahis, Arap zekâsının ince bir surette işlenmiş ve üzerinde çok çalışılmış bir bahsidir.

İKİNCİ KISIM

BİRİNCİ BAHİS

Elfaz dört sınıfa ayrılır. Her sınıf, lâfzın ifade ve beyan ettiği bir türlü manayı ihtiva eder.

A Sınıfı: Lâfızlar ifade etmiş oldukları mana bakımından dört nev'e ayrılırlar.

1 — Has lâfızlar (Elfazü'l-Hassa-Les termes Spéciaux)
2 — Âm lâfızlar (Elfazü'l-Âmme Les termes Génèriques)
3 — Müşterek lâfızlar (Elfazü'l-Müştereke-Les termes Communs)
4 — Münker lâfızlar (Elfazü'l-Münkere-Pluriels indéterminés)

B Sınıfı: Lâfızlar medlûlleri itibariyle aşikâr ve hafi olurlar.

Medlûlü aşikâr lâfızlar da:

1 — Nas (Termes Péremptoires)
2 — Zâhir (Termes évidents)
3 — Muhkem (Termes Fortifiés)
4 — Müfesser (Termes Annotés)

Diye dört nev'e ayrılırlar.

Medlûlleri itibariyle hafi olanlar da kezalik:

1 — Hafî (Termes latents)
2 — Müşkil (Termes difficiles)
3 — Mücmel (Termes Mysterieux)
4 — Müteşebbih (Termes Collectifs)

Nevilerine ayrılmaktadırlar.

C Sınıfı: Lâfızlar istimalleri dolayısiyle (Biitibari'l-istimal) dört nev'e ayrılırlar.

1 — Müsbet ve doğru olarak mana ifade eden sahih ve hakikî lâfızlar (Hakikat)

2 — Mecazî mana ifade eden lâfızlar (Mecaz)

3 — Kinaye (Par allusion)

4 — Sarih (Termes Claires)

D Sınıfı: Bu sınıfa dahil bulunan lâfızlar, aslî manaları ile değil, ve fakat aslî manaları ile olan mantıkî müşabehet dolayısiyle alâkadar bulunan cüz'î manalariyle, yani dinleyenin o lâfızdan anladığı mana itibariyle de tasnife tabidirler. Bunlar da dört nev'e ayrılırlar.

1 — Kelimenin telâffuzu ile derhal muhtevi bulunduğu cüz'î mananın da anlaşılmış olması halidir ki, buna ibaresiyle delâlet denir. (Dâl bi'l-ibare)

2 — Lâfzın manayı aslîsinin muhtevi bulunduğu manayı cüz'inin, lâfzın ifade ettiği delâletlerle anlaşılması halidir ki, buna da işaretle delâlet denir. (Dâl bi'l-İşare)

3 — Lâfzın manayı aslîsinin zihni, bizzatihi olarak manayı cüzi'ye sevketmesi halidir ki, buna da delâletle delâlet denmektedir. (Dâl bi'd-delâle)

4 — Lâfzın hukukan ve mantıkan iktiza eden bir manaya delâleti halidir ki, buna da iktiza üzerine delâlet denir. (Dâl bi'l-İktiza)

A SINIFI

BİRİNCİ NEVİ: HAS OLAN LÂFIZLAR

(Termes Spéciaux)

«Has» kelimesinin lûgat manası; tefrik eden, ayıran demektir. Hukukî bir mefhum olarak has, ayırıcı bir birliği gösteren, yani tek bir manaya mevzu olan lâfızdır.

Bir lâfzın has olabilmesi için şu şartları cami bulunması lâzımdır:

1 — Tek bir manayı ifade için o manaya tayin ve tahsis edilmiş bulunması ve medlûlünü kat'î bir şekilde ifade etmesi.

Misal: Zeyd, Amr gibi.

2 — İfade ettiği mananın tek bir mevcudu (ferdi vahid) göstermesi. Tekten fazla ise, bu fazlalığı gösteren adedin muayyen ve mahdud bulunması.Misal: Beş, on gibi.

3 — Lâfzın ifade ettiği mana müşahhas bir nesne olmadığı takdir-

de, manasının zihinde uyandırdığı fikrin tek bir şeye raci olması. Misal: Yazmak, okumak gibi.

4 — Has, manası itibariyle müteaddit mevcutlara şamil olsa dahi, bunların içinden ancak bir tanesini istihdaf eder. Ancak münferiden alınmış bulunan tek bir mevcut için kullanılarak, bu mevcudun infiradından başka bir şeyi istihdaf edemez. Misal: İnsan, hayvan gibi.

Has olan lâfızlarla ifade olunan birlik (Unité), ya hakiki (Réelle) veyahut ta itibarî (estimative) dir. Tek bir şahsı, tek bir fikri veya tek bir şeyi ifade ettikleri zaman hakikîdirler. Fikri beşerin, yekdiğerine müşabehetleri dolayısiyle tek olarak telâkki ettiği ve yine bu sebeple bir nev'e veya bir cinse ithal etmiş bulunduğu mevcutları ifade ettiği takdirde has, itibarîdir. Hayvanlar ve insanlar gibi.

Bu bahis aşağıdaki kaidelerin tetkiki ile daha iyi anlaşılacaktır.

Birinci Kaide: Hakikî birlik manasını ifade eden bir cümle, münhasıran tek bir mevcudu istihdaf eder. İtibarî bir biriliği istihdaf eden bir cümle ise, o ifade edilen cümlenin birliğindeki nevi veya cinse dahil bütün mevcutları istihdaf etmiş olur. Bu kaideye göre, bir çok yüzüklere sahib olan bir kimse, şahit huzurunda «Yüzüğünü rehin ettiğini» söylese, rehinden istifade edecek olan kimseyi, o kimsenin mevcut bulunan yüzüklerinden işe en elverişli olanını almasında serbest bırakmış olur.

İkinci kaide: Has lâfızlar, kat'î ve muayyen bir mana ifade ederler. Bu lâfızların gayri muayyen ve mefruz bir manaya hamledilmelerine imkân yoktur. Misal: 1 — Bu kaideye göre Zeyd, Amr ile ticarî teahhüdata girişmeyeceğini teahhüt etmiş olduğu takdirde, bu, Zeydin o memlekette mevcut bütün Amr adlı kimselerle münasebeti ticariyeye girişmeyeceğini teahhüt etmesi demek değildir. Zira, Zeydin ticarî münasebetlere girişmeyeceğini teahhüt etmiş bulunduğu Amr, kat'î ve muayyen olmamakla beraber, Amr, lâfzı, has bir lâfız olması dolayısiyle hakikî bir birlik (Unité) ifade etmekte, Zeydin tek bir Amr ile ticarî münasebetini kat' etmesini amir bulunmaktadır. Binaenaleyh iş mahkemeye intikal ettiği takdirde hâkim, Zeydin ticarî münasebetlerde bulunmayacağını teahhüt etmiş olduğu Amrin hangi Amr olduğunu, zahir bulunan karinelere istinaden tayin ve tesbit etmek mecburiyetindedir.

Misal 2 — Bir tüccar üç ay müddetle muamelei ticariyesini aher bir kimse lehine terk ettiğini beyan etmiş olsa, bu üç ay müddet esnasında

bu kimsenin hiç bir muamelei ticariye ile iştigal etmemesi lâzım gelir. Zira, «Üç ay» lâfzı has bir lâfız olup, bu lâfzı sarf eden kimsenin fikrini kat'îyetle ifade etmektedir. Kat'iyet ifade eden bu «üç ay» zarfında her hangi bir ticarî muameleye tevessül eden kimse. teahhüdünden nükûl etmiş olur.

Misal: 3 — Servetini insanın terakki ve tealisi için bağışlayacağına yemin eden bir kimse bu bağışı, kadın ve erkek bütün insanların terakki ve tealisi için yapmak mecburiyetindedir. Zira, «insan» kelimesi has bir lâfızdır. Ayni zamanda kadın ve erkek cinslerini muhtevî bulunması dolayısiyle de «itibarî»dir.

Misal: 4 — Komşularına karşı çiftliğinde artık «hayvan» yetiştirmeyeceğini teahhüt eden bir çiftçi, çiftliğinde hiç bir hayvan yetiştirmese de yalınız kedi yetiştirmiş olsa, teahhüdünü nakzetmiş olur. Zira «hayvan» kelimesi, nev'i de içerisine alan itibarî, has bir lâfızdır. Bu itibarla «kedi» de bu lâfzın manasına dahil bulunmaktadır.

Üçüncü kaide: Has lâfızlar, akitlere taallûk ettikleri takdirde akit de kat'iyet ifade ederek o akdin kat'î olarak inikat etmiş bulunduğunu bildirirler. Misal: Beyi' (Satış) kelimesi gibi. Bu kelimeyi duyan herkes, kat'îyetle inikat etmiş bir satış akdinin husule gelmiş bulunduğunu zihnen idrak eder.

Bu üç kaideden diğer kaideler vücude gelir ki, bu kaideler, akitlerin teşekkül edebilmesi için lâzım olan anasırı teşekküliyenin yekdiğerine mütabakatlarını istihdaf ederler. Bu kaideler de şunlardır:

Birinci kaide: Akdin unsurlarını gösteren has lâfızlar arasına, bu unsurlarla alâkası olmayan bir cümle konulduğu takdirde, unsurları gösteren has lâfızlara mahsus olan «kat'iyeti mana» zail olur. Misal: Bey'i «satış» kelimesi icap ile kabul arasında sahih, tam ve mükemmel bir surette mutabakat mevcut olduğunu gösteren has bir lâfızdır. Bey'in iki unsuru olan icap ile kabul arasına, beyi' has lâfzı ile hiç alâkası bulunmayan ve bu lâfza tamamiyle yabancı bir cümle konulduğu, tabiri diğerle icaptan sonra hemen gelmesi lâzım olan kabulden önce, her hangi bir mülâhazayı bildiren bir cümle ilâve olunduğu takdirde; bey'in iki unsuru aslîsi bulunan icap ile kabul arasındaki mütabakat ihlâl edilmiş olur. Beyi' «satış» has lâfzının muhtevi bulunduğu kat'iyet zail olarak, bu has lâfzın ifade etmek istediği mana da ortada kalmaz.

İkinci Kaide: Has lâfzın ifade ettiği mananın vücude getirdiği unsur-

lar arasında mütabakatsızlık meydana getirecek mahiyette bir tegayyürü mucip olduğu takdirde, has lâfız; kıymetini gaip ederek delâlet ettiği akdi «kat'iyet» den mahrum bırakır. Misal: Beyi' «satış» aktinde âkitlerden birisi icap veya kabulü, bu iki unsurun yekdiğeri ile mütabakat edemiyecekleri bir şekilde tebdil eder ise, bu tebdil keyfiyeti, beyi' akdinin «sabit» olmasına mani olur. Bilfarz satıcı bulunan Amrin, «evimi bin dirhem gümüş mukabilinde satıyorum» icabına karşı, satın alıcı «Müşteri» Zeyd «evini beşyüz dirhem gümüş mukabilinde alıyorum» diye kabulde bulunsa, icab ile kabul arasında tebeddül olmuş yani, beyi' akdinin bir unsuru mütegayyir bulunmuş olur. Böylelikle unsurlar arasındaki lüzumlu olan mütabakat imkânsız bir hale girmiş bulunur. Binaenaleyh, bu suretle vaki bir akitle beyi' has lâfzı, kıymetini gaip etmiş olur.

Üçüncü kaide: Tebeddül, akdin unsurları arasında tegayyür suretiyle olmayıp da has lâfzın delâlet ettiği bu unsurlardan birisinin mefkudiyeti suretiyle olursa; beyi' has lâfzı kezalik «kat'iyet» manasını zayi eder. Misal: Satıcı evini bin dirhem mukabilinde sattığı şekilde icapta bulunsa da müşteri, icabı reddetmeksizin sadece sükût etse, akit teşekkül etmemiş olur.

Dördüncü kaide: Delâlet ettiği akdin mevzuunu, evamiri ilâhiye ile menedilmiş hususat teşkil ettiği takdirde has lâfız, «kat'iyet»ini kaybetmiş olur. Satılmak istenilen nesne, domuz eti, şarap, mali mesruk gibi şeyler olduğu takdirde, has lâfzın delâlet ettiği beyi' akdinin unsurlarından olan satılacak şey «mebi», madum yani yok addedilir. Aslî unsurlardan biri bulunan mebiin yokluğu ise, beyi' has lâfzının bu akde tatbikini imkânsız kılar.

Beşinçi kaide: Has lâfzın ızhar ettiği mana, o manayı teamülen ifsad edecek bir vasıf ile malûl bulunduğu ve bu hal, has lâfzın delâlet edeceği akde vücüd vereceği yerde buna muakis ve muhalif bir vaziyet ihdas ettiği takdirde, bu vasfın mevcudiyeti dolayısiyle has lâfız, manasındaki kat'iyeti zayi eder. Misal: beyi' (satış) akdinin netayici kanuniyesinden birisi de bu akdin her iki akidi de menfaattar etmesidir. Şimdi bey'in her iki akidi de menfaattar edeceğne, akde arız olan bir hiyle (tağyir) dolayısiyle âkitleri zarardide ettiği ahvalde: beyi' has lâfzı kat'iyyet ifadesinikaybetmek» unsuru elde edilememiş ve binaenaleyh beyi' akdi matlup olan etmiş olur. Zira bu suretle bulâfzın gayesi bulunan «âkitleri menfaattar etmek» unsuru elde edilememiş ve binaenaleyh bey' akdi matlup olan hukukî neticeye isal olunamamış olur.

Altıncı kaide: Has lâfza, bu lâfzın delâlet ettiği mananın vücude getirdiği hukukî neticeleri takviye edecek mahiyette fikir ve mütalâaların ilâvesi, has lâfzın manasındaki «kat'iyet»i izale etmez. Misal: Beyi'i akdinde satılan şeyin derhal teslimi veya satış bedelinin tediyesi hususundaki şartların akde ilâvesi hususları, beyi' has lâfzındaki kat'iyeti ifadeye halel iras etmez.

A SINIFI

İKİNCİ NEVİ: ÂM OLAN LÂFIZLAR (ELFAZÜ'L-ÂM)

(Termes Génèriques)

Efradında teaddüt bulunan ve bu efrad arasında hasr ve tahdit mevcut olmayan her kelime, ve kelime topluluğu, âm lâfızdır. Bu efrad, yani birlikler (Unités) lâfza dahil bulunmalı ve lâfzın manasını istihdaf etmelidirler. Misal: Bir padişahın «vezirime, bizimle yabancı devletler arasında mevcut hudud hattının takviyesini emrettim.» sözünde iki âm lâfız mevcuttur. 1 — O padişahın ülkesinin bütün hudud hatlarını gösteren hudut hattı. 2 — Tefrik ve tahsis etmeksizin kendi tebaası bulunmayan, ecnebi devletlere ait tebeayı gösteren «yabancı» lâfızlarıdır.

Âm lâfızların keyfiyeti, beş halde mütalâa olunabilir.

1 — Lûgat manaları itibariyle, tek bir manayı muhtevidirler. Mecaz ve kinaye gibi edebî sanatlar bu lâfza ikinci bir mana izafe edebilirler. Ancak, bu ikinci mananın hukukî mevzuatta hiç bir kıymeti mevcut değildir. Mevzuatta lûgat manaları ne ise, o suretle kullanılırlar.

2 — Âm lâfızların manalariyle kasdettikleri müşahhas nesneler, «tek» olamaz. Âm lâfızların medlûlleri, adetleri na mahdut ve gayri muayyen olan bir çok şeyleri muhtevidir. Bunun içindir ki âm bir lâfzın kasdettiği maddî birlikler (Unité materielle) azaltılıp çoğaltılmağa müsaittirler.

3 — Her âm lâfız, manasiyle kasdetmiş olduğu bütün birliklere, aralarında hiç bir tefrik ve tercih yapmaksızın tetabuk etmelidir.

4 — Âm lâfız, ifade ettiği mananın bütün birliklerine ayrı ayrı olduğu kadar, bu mananın tamamına da ayni sıhhatle tevafuk etmelidir.

5 — Âm lâfızlar hasr ve tahdide yani tahsise müsait olmalıdırlar. Bu hasr ve tahdit kabiliyeti âm lâfızlar için umumî bir keyfiyet olarak kabul olunmaktadır. Yalınız İmamı Azam, ilerde görüleceği gibi, bu keyfiyeti bütün âm lâfızlara mahsus umumî bir vasıf olarak telâkki etmemektedir.

* * *

Âm olan lâfızlar iki guruba ayrılırlar.

Manaları ve gramer şekilleri itibariyle (Siyga) âm olan lâfızlar, birinci gurubu teşkil eder. Bu guruba dahil bulunan âm lâfızlar daima «teaddüd»ü ifade eder; ve gramer şekli itibariyle de cemi halinde bulunurlar. Misal: Bey'in inikadı esnasında «Anbarımdaki ölçeklerle buğdayımı sattım»» diyen kimse, bu ölçeklerle buğdayın yalınız bir veya iki ölçeğini değil, hepsini teslim etmek mecburiyetindedir. Zira buradaki «ölçekler» âm bir lâfızdır. Binaenaleyh anbarda kaç ölçek buğday var ise, hepsi satılmış demektir.

İkinci guruba dahil bulunan âm lâfızlar, gramer şekli olarak müfred halinde bulunsalar dahi, mana ciheti ile âm dırlar. İsmi cemi olan millet, kabile, ordu gibi. Misal: Hükümdar: «Vermiş olduğum bin altın ordunun iaşe tahsisatına ilâve olunsun» diye emrettiği takdirde, bütün orduyu kasdetmiş bulunmaktadır. Hükümdarın bütün orduyu şamil bulunan âm bir lâfız istimal etmiş olmasına göre, mezkûr bin altunun bütün ordu efradının istifade edebileceği şekilde tevzi ve taksim edilmesi lâzımdır.

BİRİNCİ GURUBA DAHİL ÂM LÂFIZLARIN ÇEŞİTLERİ

Birinci guruba dahil bulunan âm lâfızlar iki çeşit arzederler:

Birincisi, baş tarafta arapların harfi istiğrak dedikleri, istiğrak edatı bulunan bütün cemilerdir. Bu edat, başında bulunduğu kelimenin ifade ettiği bütün birliklerin, o kelimenin manasında muhtevi bulunduğunu; ve bu kelimenin dahil bulunduğu cümlenin manasının o kelimenin bütün birliklerine şamil olduğunu gösterir. İkincisi arap gramerine göre, muzafün ileyh halinde bulunan bütün kelimelerin muzafı bulunan cemilerdir.

Birinci çeşit: Başlarında harfi istiğrak bulunan lâfızların ifade ettikleri bütün birliklerin o lâfzın manasında muhtevi bulunması için, iki şartın mevcudiyeti lâzımdır:

1 — Lâfzın başında bulunan harfin, tayin edatı olduğunu gösterecek hiç bir karine mevcut bulunmamalıdır. Tayin edatı, başında bulunduğu kelimenin daha evvelden malûm ve muayyen bulunduğunu gösteren bir edattır. Bu edat teayyünü gösterir. O suretle ki, mevzuubahis lâfzın ayni cümle içerisinde daha evvelce gerek zımmen, gerek sarahaten olsun kullanılmış bulunduğunu bildirir. Teayyünü gösteren edatlar ikidir:

A — Başında bulunduğu lâfzın cümlenin başında kullanılmış olan lâfız olduğunu sarahaten gösteren edatlar. Misal: Ticaretle iştigal eden Amr vekiline: «Seni Zeyd ile olan işlerim için vekil nasbettim. İmdi, (bu hususta) vekilimsin» dese, (bu hususta) lâfzının başında bulunan (bu) edatı bir tayin edatıdır. Buradaki (bu) edatı, vekil tayin eden tüccarın zihnindeki manayı mahdut ve muayyen bir şekilde açık olarak izah etmektedir. Sarahatı cümlenin başındaki «işler» kelimesinin karinesi ile anlamak tayız. Bu hususdaki «bu» edatı ile, cümlede birinci defa kullanılmış bulunan zeyd ile olan işler kelimesinin kasdedildiği anlaşılmaktadır. Binaenaleyh buradaki «bu» edatı, zeyd ile olan işlere raci bulunması dolayısiyledir ki, âm bir lâfız değildir. Âm bir lâfız olmadığı için de vekil, Amrin bu sözüne istinaden, mahkemeye giderek mumaileyhin bütün işlerinin vekili bulunduğu iddiasında bulunamaz. Zira, «bu» edatının tayin edatı bulunduğunu gösteren sarih bir karine mevcut bulunmaktadır.

B — Başında bulunduğu lâfzın cümlede daha evvel kullanılmış olan lâfız bulunduğunu sarahaten olmayıp da, zan ve kinaye yolu ile gösteren tayin edatı. Misal: Yine ayni Amr, vekiline «Vekilimsin ve zeyd ile olan (bütün işlerim) hususunda mutlak selâhiyete maliksin» dese; zihninden geçen fikri sarahatle ifade etmiş olmaz. Ancak «bütün» edatını takip eden «işler» lâfzının cümle başında zihnen kullanılmış bulunduğu, yani cümlenin «zeyd ile olan bütün işlerimde vekilimsin» suretinde başlamış bulunduğu zehabını tevlit eder. Binaenaleyh buradaki «bütün» kelimesi vekilin zeyd ile olan bütün işlere vekil bulunduğuna bir karine teşkil eder. Ancak bu karine sarih bir karine olmayıp bütün lâfzı ile taayyün eden «zan» üzerine müesses bir karinedir. Ve yine bu bütün lâfzı ile mana ve şekil itibariyle âm bir lâfız olan «işler» kelimesi âm bir lâfız olmak vasfını gaip eder. Vekil Amri ancak zeyd ile olan bütün işlerinde temsil edebilir.

2 — Cemi halinde bulunan lâfızların başında cinsi gösteren edatın (harfü'l-cins) bulunmaması lâzımdır.

Bu edat, başında bulunduğu kelimenin manası itibariyle cins olduğunu gösterdiği gibi, cümlede bulunan diğer kelimelerin de bir terkip halinde cins olduklarını gösterir. Misal: Ticaretle iştigal eden Amr, şahitler muvacehesinde, yine ticaretle iştigal eden Zeyde «kendi mağazamda bulunan ve satışa arzedilmiş olan ecnebi mallar şirketimize aittir.» tarzında bir beyanda bulunsa «mallar» lâfzı ile manası ve şekli itibariyle âm bir lâfız istimal etmiş olur. Ancak, kulandığı cümlede «mallar» âfzının başına «ecnebi» kelimesini koymakla, bir (harfü'l-cins) koymuş ve binaenaleyh «mallar» kelimesini âm olmaktan çıkarmış olur. Ve bu lâfız Amrin mağazasında bulunan yalnız bir cins mala, ecnebi mallarına şamil bulunur. Zeyd mahkemeye müracaat halinde, Amrin mağazasında bulunan bütün malların yarısına değil, ancak ecnebi malların yarısına hissedar olur.

İkinci çeşit: Muzaf halinde bulunan cemi halleridir. Tabiri diğerle âm lâfzı teşkil eden kelimeler, cümle içerisinde başka bir kelimeye veya kelimeler gurubuna müzafiyet kaidesiyle merbut bulunmaktadırlar. Misal: «Emvali zatiyemi Zeyde hibe ettim» gibi.

Bu çeşit âm lâfızların hakikaten âm olabilmeleri için iki şartı haiz olmaları lâzımdır.

Birinci şart: Muzaf halinin cinsi veya tayini göstermekte olduğuna dair en küçük bir karinenin mevcut bulunmaması lâzımdır. «Tayin»den ne kast ettiğimizi yukardaki misallerle izah etmiş idik. Bahsetmek istediğimiz «tayin» keyfiyeti bir lâfzın cümle içerisinde kullanılmış bulunan diğer bir lâfızla tayini hususudur. Bu halde âm lâfızların has lâfızlar haline inkilâp ettikleri halini yukarda görmüştük. Yukarda birinci çeşitteki hallerden bahsederken «tayin» ve «cins» hususunda vermiş olduğumuz izahat bu ikinci çeşide de kabili tatbiktir.

İkinci Şart: Lâfzın:

1 — Zamir (Pronom personnel),
2 — İşaret ismi (Pronom İndicatif),
3 — İsmi Mevsul (Pronom relatif),
4 — İsmi alem (Nom propre),

5 — Baştaki harfi tarif ile müfred hale konulmuş isimler, bu beş hale yalnız muzaf olarak iltihak etmiş bulunması lâzımdır.

İKİNCİ GURUBA DAHİL ÂM LÂFIZLAR

Bu guruba dahil lâfızlar, müfred halinde bulundukları halde, manaları itibariyle çokluğu ve cemi' muhtevidirler ki, şunlardır:

1 — Camiayı bildiren isimler. Kavim, kabile, cemaat gibi. Misal: Bir kumandan düşman tarafında yapılmakta olan tahkimatı parmağı ile işaret ederek, «şu istihkâmatı zaptedecek olan kabiliye bin dirhem mükâfat verilecektir» demiş olsa, orduda mevcut o kabileye mensup bütün eşhas istihkâmları zapt için muharebeye girmiş bulundukları takdirdedir ki, vaad edilen mükâfat verilebilir.

2 —. Başlarında istiğrak edatı bulunan müfred lâfızlar. Misal: Amr, Zeyd'e şahitler muvacehesinde «sahibi bulunduğum malımı sana bin dirhem mukabilinde sattım» diye beyanda bulunsa, buradaki mal kelimesi, müfred halinde bulunmasına rağmen, gerek manâsı gerekse başında bulunan istiğrak edatı (arapçada istiğrak edatı «Lam» harfidir) itibariyle âm bir lâfız mahiyetini arzeder. Ve binaenaleyh Amrin bütün malları satış tarikiyle zeyde intikal etmiş olur.

Bu guruba dahil bulunan lâfızların. âm bir lâfız telâkki edilebilmesi için üç şartın mevcudiyeti lâzımdır. A — Lâfızların başındaki edatın teayyünü göstermemesi. B — Bu edatın cinsi irae etmemesi C — Lâfzın müfred olarak ismi aleme, zamiri şahsiye. ismi işarete, ismi mevsule. tayin edatına muzaf halinde iltihak etmemiş bulunması.

Bir kelimenin ismi işaret veya ismi mevsul ile birleşmesiyle vücude gelen âm lâfızlar, tıpkı muayyeniyet ifade eden edatlarda oldugu gibi, tek bir şey mefhumu meydana getirecek şekilde hasır ifade etmeye müsaittirler. Misal: Ayrı ayrı dört kişiyle ticarî muamelesi bulunan zeyd. «Amri; Beşir, Bekir ve Tahir ile olan «işlerim» müstesna olmak üzere, (işlerimi) görmeye tevkil ettim.» dese, buradaki «işler» kelimesi şahsî zamir bulunan «im»e merbut bulunduğu için tek bir birlik (Unité) vücude getirecek hasrı muhtevi bulunmakta ve binaenaleyh Amr, Zeydin tek bir tüccar ile olan işleri için vekil olmaktadır.

3 — Gayri muayyen kelimeler. Âm lâfız manasını muhtevi bulunan

gayri muayyen kelimeler dört halde mütalâa olunurlar.

Nehyi mutazammın gayri muayyenler.

Umumi bir sıfatla mevsuf gayri muayyenler.

İmtinanı yani karşısındakine minnet tahmilini gösteren tadadî gayri muayyenler.

Vazı'larındaki karine itibariyle âm addedilen gayri muayyenler.

NEHYİ MUTAZAMMIN GAYRİ MUAYYEN KELİMELER (NEKREİ MENFİYE)

(Mots indeterminés prohibitif)

Nehyi mutazammın gayri muayyenler, şunlardır:

1 — İsmi alem

2 — Şahsî zamir.

3 — İsmi işaret

4 — İsmi mevsul.

5 — Başlarında tayin edatını muhtevi bulunmayan kelimeler.

6 — Yukarda gösterilen beş hale muzaf şeklinde iltihak eden kelimeler.

Arap grameri uleması; «Ma», «La», «Lem», «Len», nefi edatlarını hemen takip eden her kelimeyi, nehyi tazammun eder addetmişlerdir. Misal: (Ma Kame ehadün) ayağa kimse kalkmadı gibi. Bu cümlede nefiy edatı bulunan «Ma Kame»den sonra gelen «Kimse» kelimesi ifade ettiği bütün birlikleri ihtiva eden gayri muayyen âm bir lâfız vücude getirmektedir. Binaenaleyh Amr, Zeyde, «bundan böyle işlerime vekâlet etmeni kabul etmiyorum.» dese Amr, «işler» kelimesini bir nefi edatını müteakip kullanmış olmasına göre Zeydin, Amre ait bütün işlerindeki vekâleti sakıt olmuş olur.

Nehyi mutazammın gayri muayyen lâfızlar, iki nev'e ayrılırlar.

1 — Hakikaten nehyi mutazammın olanlar. (En fait)

2 — hükmen nehyi mutazammın olanlar (En droit)

Birincilerde nefiy edatı, kendisini takip eden kelimede tesirini doğrudan doğruya ve açık olarak icra eder. Misal: «Bahçede tek bir çiçek yoktur» sözünde «tek» ve «bir» nefiy edatları (arapçada ma) bahçede asla çiçek bulunmadığını göstermektedir.

Hükmen nehyi mutazammın olanlarda üç hal müşahade olunmaktadır.

1 — Gayri muayyen kelime bir cümlenin içinde bulunabilir. Misal: Zeyd'in, vekili Amre «artık vekilim sıfatiyle işlerime karışma» demesi gibi.

2 — Nehyi mutazammın lâfız; cümle içerisinde «istifhamı nehiy» şeklinde bulunur. Amrin şeriki Zeyde «Tek bir ecnebi parası kabul edersen şerikim değilsin» demesi gibi ki, şirketin zeval bulması için, Zeyd'in her hangi bir ecnebi parası kabul etmesi kâfidir. Burada gayri muayyen olan «tek bir ecnebi parası» kelimesi istifamî nehyi mutazammın bir cümle içerisinde bulunmakta, gayri muayyen nehyi mutazammın bir âm lâfız vücude getirmektedir.

3 — Nehyi mutazammın lâfız, mutlak veya muayyen nehyi bildiren bir şarttan sonra gelebilir. Misal: Amr şahitler muvacehesinde Zeyd'e. «peşin bedelle malımı sana bin dirheme sattım» dese, buradaki gayri muayyen «mal» kelimesi, sarih bir şartı takip etmiş olduğu için Amrin bütün emvalini istihdaf eden âm bir lâfız mahiyetini iktisap etmiş olur.

Diğer misal: Zeyd, Amre şahitler muvacehesinde «bundan böyle seninle bir işte iştirak edersem, diğer şeriklerim benimle olan şirket mukavelelerini feshetmekte serbest olsunlar» diye beyanda bulunsa, buradaki şart; bir fiilin tahakkukuna vabeste bir şekilde mukayyed bulunmaktadır. Bu fiil, Zeydin Amr ile iştirak etmesi fiilidir. Binaenaleyh mukayyed bir şarta bağlı bulunan Zeydin diğer şerikleri ile olan mukaveleleri «âm bir lâfız mahiyetini iktisap eder. Zeyd, Amr ile iştirak ettiği takdirde, Zeydin diğer bütün şerikleri bu andan itibaren kendisi ile mevcut bütün mukavelelerini fesh edebilmek serbestisini kazanırlar.

UMUMİ BİR SIFATLA MEVSUF GAYRİ MUAYYENLER

Umumî sıfattan maksat, lâfzın manasının muhtevi bulunduğu bilumum birliklere aynı sıhhat ve ayni isabetle tevafuk eden umumî bir vasıf demektir. Misal: Ticaretle müştağil Amr, Zeyde olan borcunun edası için şeriki bulunan Bekire «borçlu bulunduğum Zeyde borcumu son santimine kadar ödemek üzere mallarımın günlük satışından hasıl olan dirhemleri ver» diye bir beyanda bulunsa, buradaki «dirhemler»» lâfzı gayri muayyen bir lâfızdır. «günlük satıştan hasıl olan» sözleri ise verilecek

meblâğın miktarını göstermektedir. Şu halde borca karşı verilecek olan dirhemlerin umumi vasfı, o günkü satıştan hasıl olma keyfiyeti olmuş olur. Gayri muayyen bulunan «dirhemler» lâfzı âm bir lâfızdır. Binaenaleyh Amre ait malların günlük satışından hasıl olacak bütün dirhemlerin, hatta Amrin borcu olan kısmından fazlasının dahi, tamamiyle Zeyde verilmesi lâzım gelmektedir.

Eğer gayri muayyen olan lâfız, bu misalde olduğu gibi tavsif edilmemiş olsa idi, ve yahut mantık, mana veya bir işarî adetle bu lâfzın âm bir manaya delâlet etmediği anlaşılsa idi; o zaman bu lâfız has bir lâfız olmuş olurdu. Misal: «İlim adamına hüsnü kabul göstereceğim» tarzında bir vaadde bulunan kimsenin bu vaadi, yalnız tek bir şahsa racidir.

İMTİNANI GÖSTEREN TADADI GAYRİ MUAYYENLER

Bir kimseye karşı yapılan iyilikleri tadat için kullanılan gayri muayyen kelimelerdir. Efendinin uşağına «seni yedirdim, içirdim» demesi gibi ki, burada «yedirdim, içirdim» kelimeleri birer gayri muayyen âm lâfızdırlar.

CÜMLE İÇERİSİNDEKİ VAZILARI İTİBARİYLE GAYRİ MUAYYEN ÂM MANASI VEREN LÂFIZLAR

Misal: "ayet" «İnsan, kıyamet günü bu dünyada ne iktisap etmiş olduğunu görecektir." Buradaki "insan" kelimesi cümle içerisindeki vaz'ı itibariyle âm bir lâfızdır. Zira, cümle dahilinde. bütün insanların yerini tuttuğu açık ve vazıh olarak görülmektedir.

Şimdi aşağıda zikredeceğimiz dört kaide tetkik etmekte bulunduğumuz gayri muayyen kelimelerin kıymetlerini daha bariz bir şekilde belirtmiş bulunacaktır. Bu kaideler, gayri muayyen kelimelerin büyük bir ekseriyetine kabili tatbik iseler de. bütün gayri muayyen kelimelere tatbik edilemezler.

Birinci kaide : Söz arasında veya cümle içerisinde ilk defa kullanılan bir kelime muayyen bir lâfzı ifade ederse, o kelimenin ayni söz ve cümle içerisinde ikinci defa yine muayyen olarak kullanılışı birincisinin benzeridir. Yani, ikinci defa kullanılışında da ayni lâfzı ifade eder. "Evime bir adam geldi, adama hüsnü kabul gösterdim" cümlesinde olduğu

gibi ki, cümle dahilinde bulunan birinci "adam" kelimesi muayyen olduğuna göre ikinci "adam" kelimesi de birincisine müşabihtir.

Bu kaidenin istisnaları: 1 — Ayet: «Kur'anı (Kitabı) size hükmümüzü bildirmek için inzal ettik. Nitekim Musanın mebus bulunduğu o Tevrat, (Kitabı) Musaya kim gönderdi." Burada her ikisi de muayyendir. Ancak muayyen olan bu kitaplar bir birinin müşahibi, yani aynı değildir. 2 — (ayet) "Hüküm günü Allah, Meryemin oğlu İsaya soracak: Ya İsa kavmine, annenle kendinin Allahtan başka birer ilâh olduğunuzu söyledin mi? İsa : Yarab bu sözü söylemiş olsa idim, bunu sen herkesten evvel bilecektin. Diye cevap verecek." Bu ayette iki kere söz kelimesi geçmektedir. Fakat birbirinin aynı değildirler. Birinci söz İsaya matuf bulunan, yani annesiyle kendisinin ilâh olduklarına dair İsaya atfolunan söze. diğeri ise İsanın icra etmiş olduğu bir fiile, yani o sözü söylemiş olmak fiilinin icrasına aittir.

İkinci kaide: Söz veya cümleye dahil bulunan bir kelime gayri muayyen bir lâfzı ifade edip, bu kelime ayni söz ve cümle içerisinde tekerrürü halinde muayyen bir lâfzı ifade ederse ayni şeyi veya şahsı göstermiş olur. Misal : "Evime adam geldi, o adama hüsnü kabul gösterdim" cümlesinde olduğu gibi ki, cümlede tekerrür eden ikinci "adam" kelmesi. "o" zamiri ile muayyen olarak kullanılmıştır.

Üçüncü kaide : Söz veya cümleye dahil bulunan bir kelime, gayri muayyen olarak kullanılıp, ayni söz veya cümle içerisinde tekerrürü halinde yine gayri muayyen olarak istimal edilmiş bulunursa, başka başka eşya ve eşhası gösterirler. Misâl : "yolda bir adam gördüm, bir adama da sadaka verdim" cümlesinde geçen "adam" kelimelerinin ikisi de ayni değildir.

Dördüncü kaide : Söz veya cümleye dahil bulunan bir kelime, muayyen olarak kullanılır, ayni söz veya cümle içerisinde tekerrürü halinde gayri muayyen olarak kullanılırsa, başka başka eşhas ve eşyayı gösterirler. Bir dükkâncının tezgâhtarına "adamdan alacağım parayı, gelip senden para isteyecek olan adama ver" tarzında emir vermesi gibi ki, gelip parayı isteyecek olan kimse, parayı veren kimse demek değildir.

Bu kaide bazı istisnaları muhtevi bulunmaktadır. Bu istisnalar cümlenin teşekkül tarzına bağlıdır. "Hükümdarımız âdil bir hükümdardır" cümlesinde olduğu gibi. Burada "hükümdar" kelimesi, o suretle teker-

rür etmektedir ki, arap lisanında gayri muayyendir. (melikün - bir hükümdar) Ancak "bir hükümdar" lâfzı kaldırıldığı ve cümle "hükümdarımız âdildir" şeklinde söylenildiği takdirde "hükümdarımız âdil bir hükümdardır" cümlesinin ifade ettiği ayni manayı ifade etmekte, mana değişikliği vücude gelmemektedir.

Kur'andan misâl: "Mumakkak ki, Allahınız; tek bir Allahtır." Buradaki cümlede birinci "Allah" kelimesi bir zamire merbut bulunduğu için muayyendir. İkincisi ise gayri muayyendir. Kaideye göre, cümlenin başka başka Allahlardan bâhis bulunması lâzımdır. Halbuki istisna'en cümle, ayni tek Allahı ifade etmektedir.

* * *

Âm lâfızlar, istifham ve şart edatları da olurlar. İstifham edatları muhtelif istifhamî şekilleri, şart edatları ise; hal, vaziyet ve tarzı gösterirler. Gerek istifham ve gerekse şart edatları on iki halde mütalâa olunurlar:

I — "Kim olursa", "her hangi biri"manâlarına gelen "eyyü" edatı. Bu edat sözün diğer aksamına daima muzaf olarak iltihak eder. Misâl: "seni vekil nasbettim. Sana borçlu bulunanlardan kim olursa olsun (eyyü) hakkında dava ikame edebilirsin" cümlesinde "borçlu olanlar" lâfzı nasıl âm bir lâfız ise, "kim olursa olsun" lâfzı da öyle âm bir lâfızdır.

Bunun aksine olarak "Eyyü" edatının mülhak bulunduğu kelime, gayri muayyen bir kelime olduğu takdirde "Eyyü" edatı da âm bir lâfız olmak vasfını gaip eder. Misâl : Mevki sahibi bir zat "hangi (Eyyü) kölem olursa olsun sizi kurtardı ise, onu azad ettim." demiş olsa; "hangisi olursa olsun "Eyyü" edatı gayri muayyen bir kelimeye muzaf olduğu için âm olmak vasfını gaip etmiştir. O zat bir tek kölesini azad edecektir. Aynı zatın müteaddit köleleri, veya başka bir zatın köleleri bu kurtarma ameliyesine iştirak etmiş olsalar bile "Eyyü" lâfzının kıymetine halel gelmez. Bu hususta bir ihtilâf zuhuru ile mahkemeye gidilse, hâkim Zeyde yukardaki misâlde verdiğimiz sözü söyleyen zatın, bir kölesinin azad edilmiş bulunduğuna hükmeder.

2-3 «O ki», «kim ki» manalarına gelen «ma» ve «men» edatları. «Men» edatı, şart manasını ifade ettiği zaman, âm bir lâfızdır. Misal: «kim ki Ebû Süfyan'ın evine girer (men dahale) o kimse kurtulmuş-

tur.» hadîsinde olduğu gibi. Burada Ebû Süfyanın evine girmek fiilinin şartı, hayatlarını kurtarmak isteyenlerdir ki, bu arzuda bulunanlar o, eve girmek fiilini işlemek mecburiyetindedirler.

«Ma» da tıpkı böyledir. Bu iki edat müzekker için de, müennes için de kullanılırlar. Misal: Hâkim şahide cinayeti ika edenin kim olduğunu sorduğu zaman, şahit, kadını da erkeği de bu edatlarla ifade eder. «ma» edatı ekseriya tavsife müteallik suallerde kullanılır. Bu halde «kim» manasını iktisap eder. Misal: Hâkim şahide (Zeyd kimdir? -ma Zeydün) diye bir sual irat etmiş olsa, şahitten Zeyde ait bütün vasıfları sormuş olur. Zira âm bir lâfız olan «ma» edatını kullanmıştır.

«Ma» edatı zamir manasını da ifade edebilir. Misal: Zeydin şahit huzurunda «babamdan tevarüs etmiş bulunduğum bu (ma) mirası Amre terhin ediyorum» diye beyanda bulunması gibi. Buradaki «bu» kelimesi, Zeydin teravüs ettiği bütün serveti şamil bulunmaktadır. Binaenaleyh «ma» edatı burada da âm bir lâfızdır.

«Ma» edatı bir vasıf ifade ettiği zaman da âm bir lâfızdır. Misal: Bir tüccar şerikine «şarkta geçen eşyayı satın alırsan seninle şirkete devam, Şarkta revaç bulmayan eşyayı satın aldığım takdirde şirketi fesh edeceğim» tarzında beyanda bulunmuş olsa, buradaki şarkta geçen «ma» şarkta revaç bulmayan «ma» vasıfları dolayısiyle âm bir lâfız olmuş olur.

4 — Ellezi. Manası «bu» demektir. Bir işaret sıfatı olan bu edat; insanları, bütün canlı mahlûkatı ve eşyayı göstermek için kullanılır. Binaenaleyh şerikine «Memlekette satılan bu şeyleri satın alırsan şerikliğinde kalırım» (ellezi şey'en) demiş olsa, bilâhare şerikinin köle satın alması dolayısiyle şirketi fesh edemez. Şu şartlaki, o memlekette kölenin satılmış olması sabit olsun.

5-6 Nerede manasına gelen "eyne", yine ayni manayı ifade eden "haysü" edatları da birer âm lâfızdır. Misal: (Ayet): «Müşrikleri nerede (eyne) bulursanız öldürünüz» de olduğu gibi. Ne zaman manasına olan «meta» edatı da maziye, hâle ve istikbale muzaf olması itibariyle âm bir lâfızdır. Kocanın karısına «ne zaman istersen benden boşsun» demesi gibi.

8 — Keyfe edatı. İnsanın içinde bulunduğu şeraiti, vasfı bildirmesi

itibariyle âm bir lâfızdır. Misal: Hâkimin şahide Zeyd nasıldır (keyfe zeydün) diye sorması gibi ki, Bu suali ile hâkim, şahitten Zeydin yalnız vasıflarını değil, ayni zamanda nasıl bir şeraiti hayatiye içerisinde bulunduğunu da sormaktadır.

9 — Nerede olursa olsun manasına gelen «innema» edatı da âm bir lâfızdır. Zira mahal itibariyle umumiyeti göstermektedir. Misal: Şerikine «nerede olursa olsun (innema) ticaret etmen için şu meblâğı sana veriyorum.» diyen tacir, bilâhare şerikinin her hangi bir memlekette ticaret yapmış olmasına itiraz edemez.

10 — Hatta. Gayri muayyen lâfızlara mülhak bulunduğu zaman daima âm bir lâfızdır. Manası, lâfza dahil bütün birlikleri muhattır. Misal: Bir koca karısına «seni boşadım, hatta telâki selâseye kadar» demiş olsa, bu söz aynen seni telâki selâse ile boşadım demekle müsavidir.

11 — Vakta ki, her zaman manalarına gelen «küllema». Bu edat bir fiilin icrasına taallûk ettiği zamanlarda, her zaman için, sarahaten âm lâfız manasını ifade eder. Misal: Bir kimse «evlenirsem (Vaktaki evlenirsem) karım benden boş olsun» der ise, bir daha kendi karısı ile evlenemez. Çünkü her evlenişinde karısı kendisinden boş olur.

12 — Cemi' ifade eden «hepsi» sıfatı da âm bir lâfızdır. Misal: Kumandan askerlerine, şu istihkâma gireceklerin hepsine bir dirhem vereceğim» demiş olsa istihkâma giren bütün muhariplere vaad edilen meblâğı taksim etmek mecburiyetindedir. Eğer istihkâma yalnız bir muharip girmiş olsa, vadin hiç bir kıymeti kalmaz. Zira, «hepsine» sıfatını kullanmakla âm bir lâfız istimal etmiştir. Cümle içerisinde «ve» edatı ile âm lâfızlara raptolunan kelimelerin ifade ettikleri mana hususunda iki fikir mevcut bulunmaktadır. Hanefî Mezhebine mensup kimselerin fikirlerine göre: «ve» edatı ile âm lâfızlara raptolunan kelimeler de âm olarak mana ifade ederler. Misal: Amr, «emvalimi ve paramı Zeyde verdim» demiş olsa, «para» kelimesini müfred olarak kullanmış olmasına rağmen bu kelime mana itibariyle Amrin bütün parasını ihtiva etmektedir. Zira para kelimesi «ve» edatı ile âm bir lâfız olan emvâl kelimesine raptedilmiş bulunmaktadır. Şafiî mezhebine mensup bulunanlar aksi fikirdedirler.

ÂM LÂFIZLARIN MANASINI TAHSİSE AİT USUL VE KAİDELERLE, MANALARI TAHSİS EDİLMİŞ BULUNAN LÂFIZLARIN HUKUKÎ NETAYİCİ

Bu bahsin İslâm teşri usulünde, bu usulün kaideleri hakkında bir fikir edinmek isteyenler için, büyük bir ehemmiyeti vardır.

Teşri usulünü meydana getiren ilk iki büyük hukukçu, İmamı Azam ile İmamı Şafiî âm lâfızların tahsis bahsinde muhalif fikir sahibidirler.

Eserimiz Hanefî Mezhebi esasatını takip etmekle beraber, Şafiî Mezhebi hakkında da bazı örnekler vermiş bulunmaktayız. Bu bahiste Şafiî Mezhebi imamının temayülleri hakkında yine bazı izahat vermiş olacağız. İmamı Şafiî bütün âm lâfızların tahsis edilerek has lâfız haline inkilâp ettirilebileceği fikrindedir.

Arap lisanının tayin edatı hususundaki zenginliği, ve bu zenginliğin en büyük üdebaya, tahsis imkânlarını bahşetmiş bulunduğu hususları göz önünde bulundurulursa, bir çok ahvalde İmamı Şafii'nin haklı bulunduğunu kabul zarureti mevcuttur. Ancak, İmamı Şafiînin de bazı ahvalde âm lâfızları tahsise muvaffak olamadığı hususu da ayrıca bir hakikattir. Nitekim müşarünileyh de bu hususu, doğrudan doğruya olmamakla beraber, dolayısiyle şu formülle itiraf etmektedir: «Öyle haller mevcuttur ki fikri beşer, ne lâfzın teşekkülünde ve kıymetinde ne de lâfzın içinde bulunduğu cümlede ve bu cümlenin haricinde lâfzı tahsis edebilecek hiç bir karine bulamaz. Bu halde âm lâfız, bu vasfını muhafaza ederek manasının ifade ettiği birliklerin heyeti mecmuasını ihata etmekte, ve şamil bulunmakta devam eder. Misal: Kur'andaki «Muhakkak ki Allah her şeyi bilir» ayetinde olduğu gibi. Her şeyi «küllü şey'in» kelimeleri manası tahsis edilemeyecek âm bir lâfızdır. Zira bu kelimelerin manasını tahsis edecek, yani Allahın mevcudat içerisinde bazı şeyleri hususî bir şekilde bildiğini gösterecek en ufak bir karine, hatta bir düşünce bile melhuz değildir. Binaenaleyh, «her şey» ile ifade edilen mana dünya ve ukbayı şamil olan kâinattaki mevcudatın kâffesine âm ve şamil bulunmaktadır.

Kezalik kâinattaki hâdisatın yekdiğerini takip etmesinin bir zarureti olarak ta âm lâfızlar, âm vasıflarını muhafaza etmekte, manalarının

ifade etmiş olduğu bütün birliklere kabili tatbik bulunmaktadırlar: Misal: (Ayet) «Allahın inzal etmiş olduğu mukaddes kitablardan sonuncusu, kendisinden evvel gelmiş olanın hüküm ve tesirine nihayet vermiştir.» ayetinde olduğu gibi ki, buradaki mukaddes kitablar lâfzının, hasır ve tahsis edilmesine hiç bir suretle imkân mevcut değildir.

Hanefî Mezhebi âm lâfızları ikiye ayırmaktadır. Birisi tahsise istidadı bulunan âm lâfızları, diğeri ise bu istidadı haiz bulunmayan âm lâfızları muhtevi bulunmaktadır. Bu ikinci nev'e misal olarak Kur'an'daki Analariyle ve kızları ile izdivacı men eden ayet gösterilmektedir. Bu ayetteki «Analarınız-ümmühatüküm» ve «kızlarınız-benatüküm» lâfızları öyle âm lâfızlardır ki, tahsislerine imkân mutasavver değildir. Zira bu ayetteki memnuiyet, hangi asırda, hangi memlekette bulunursa bulunsun bilumum müslümanların analarını ve kızlarını istihdaf etmektedir. Bu bahisle, bir kerre daha, İmamı Azamın her meseleyi nasıl müdekkikane bir surette tetkik etmiş olduğu görülmektedir.

İmamı Azamı takip etmiş bulunan fukaha, âm lâfızları büyük bir dikkat ile tetkik ederek, manalarını tahsis edecek olan kaideleri ve bunlardan çıkardıkları hukukî neticeleri tesbit etmiş bulunmaktadırlar.

Âm lâfızların tahsis edilmeleri neticesi olarak vücude gelen hukukî neticeler beşdir. Bu neticelerin her birisi bir veya birden fazla, hukuki kaidenin vücude gelmesine sebep olmuştur. Fukaha bu kaideleri takip etmek suretiyledir ki, Kur'an ve Hadîsdeki elfazdan ahkâmı hukukiye ve kanuniye istihraç etmişlerdir. Kezalik bilumum ukud ve mukavelâtın metinlerine de yine bu kaidelere riayet suretiyle hukukî kıymet izafe olunmuştur.

Âm bir lâfız manasının tahsisinin ilk neticesi, bu lâfzın tahsisten sonraki manasının şamil bulunduğu birliklerin sıhhat ve kat'îyet iktisap etmeleridir. Bu sıhhat ve kat'îyyetin elde edilebilmesi için:

1 — Lâfzın muhit bulunduğu bütün birliklerin vasıf ve nevi bakımından sarih bir beyanla tahsis edilmiş olması,

2 — Tahsisi vücude getiren amilin aşağıda yazılı beş amilden birisi bulunması lâzımdır. Bu amiller şunlardır.

a — Sarih ve kat'î lâfızlarla bir istisna vücude getirilmiş olmalı. Misal: «Demir kırı rengindeki at hariç olmak üzere, bütün atlarımı Amre sattım» cümlesinde olduğu gibi.

b — Sarih bir şart mevzuu bulunmalı. Misal: «Servetimin üçte birini yeğenim Amre, hastalığımda bana bakmak şartı ile, terk ediyorum» cümlesi gibi,

c — Sarih ve kat'î bir şekilde bir vasfın zikredilmiş bulunması. Misal: «Servetimi, fakir olan akrabalarıma bırakıyorum» gibi.

d — Sarih bir cümleye bedel olabilecek bir tabirin kullanılmış bulunması. Misal : «Zâti eşyamın tercihan kıymetlilerini arkadaşım Zeyde vasiyet ediyorum». Burada «tercihan» kelimesi sarih bir cümlenin, maksadın kıymetli eşyanın vasiyet edilmek arzusu bulunduğu cümlesinin yerini tutmakta ve vasiyetin kıymetli eşyaya ait bulunduğu sarahatle tesbit edilmektedir.

e — Manası âm bir lâfız olan tam ve mustakil bir lâfız veya cümle, bilâhare gelen bir lâfız veya cümle ile tahsis edilmiş olmalı. Misal: «Ayet» (Kocalarından boşanmış olan kadınlarla, kocaları vefat etmiş bulunan kadınlar yeniden evlenmek için dört ay on gün beklemek mecburiyetindedirler.) Bu ayet âm bir lâfızdır ki, sonradan inzal edilen bir ayetle tahsis edilmiş bulunmaktadır. «Ayet» (Gebe iken boşanmış veya gebe iken kocaları ölmüş bulunan kadınlar, tekrar evlenebilmek için hâmillerini vaz' edinceye kadar geçmesi lâzım olan müddet zarfında beklemek mecburiyetindedirler).

Şimdi birinci ayete göre, hâmile bulunsun veya bulunmasın, zevci ölen veya zevcinden boşanan kadın, dört ay on gün müddetle bekliyecektir Bu, bütün kadınlara âm ve şamildir. Binaenaleyh âm lâfızlar meyanına dahildir. Ancak, sonradan nazil olan diğer bir ayet, bu birinci ayeti tahsis etmiş bulunmaktadır. Zira bu ikinci ayete nazaran bütün kadınlar dört ay on gün beklemeyecek, hâmile bulunanlar hâmillerini vaz etme müddeti kadar intizar edeceklerdir.

Âm lâfızların tahsisinin ikinci neticesi, tahsis muamelesinden sonra âm lâfzın tahsise dahil olmayan kısmının, vaki tahsis ile mensuh bulunması yani ilga edilmiş olmasıdır. Bu netice iki halde tezahür eder:

1 — Tahsis amilinin tam ve müstakil bir cümle bulunması hali. Misal: Müslüman bir tacirin çırağına «her zaman sizi mağazada görmek isterim, yalnız cuma namazı vakitleri için böyle bir mecburiyet yoktur» dese, birinci cümle «her zaman» kelimesi bulunduğu için âm bir lâfızdır. İkinci cümle ise tahsis amili müstakil bir cümle bulunmaktadır.

2 — Tahsis amili kelâmullah veya Hadîsi Peygamberî bulunduğu takdirde manasını tahsis edecekleri cümleye lâhik olarak o cümleyi tahsis ederler. Gebe, dul ve boşanmış kadınların tekrar evlenmeleri için lâzım olan müddete ait emri ilahî bu kabildendir.

Bu şart tahsisi vücude getiren bütün amillere şamil bir şarttır. Misal: Amr «evimin arsasının ecdadım tarafından filân cami lehine vakfedilmiş mevkuf bir arsa olduğunu biliyorum. Ancak evin hamamının inşa edilmiş bulunduğu arsa, bu vakıfdan sonra satın alınmıştır.» tarzında bir beyanda bulunsa, iddiasını isbat ettiği takdirde, evin bütün arsasına şamil olması dolayısiyle âm bir lâfız olan birinci cümledeki arsa kelimesi, bu kelimenin bir kısım birliğinin ilga edilmiş bulunmasından naşi, tahsis edilmiş olur.

Âm bir lâfız nesih, ilga dolayısiyle tahsis olunduğu takdirde iki hal müşahede olunur.

I — Nesih, İlga yolu ile ortadan kalkan lâfzın ifade ettiği manâ birlikleri malûm ve muayyen olarak kalırlar. Misal: Alacaklı borçlusuna «size borç olarak verdiğim meblâğın tahsilini işiniz yoluna girinceye kadar. geri bırakacağım; ancak, her ay teahhüdünüzü tecdit etmeniz lâzımdır.» dese, ve arkasından da «Ramazan Ayı mübarek bir ay olduğu için bu ayda taahhüdünüzü tecdide lüzum yoktur.» diye bir cümle ilâve etse; «her ay» âm lâfzının manasını tahsis etmiş olur. Burada mensuh kıldığı mana, âm lâfzının on ikide biridir. Nesih yolu ile tahsis edilmiş bir hale gelen âm lâfız, artık kat'î bir mâna, mutlak bir ifade arzetmektedir. Yani ikinci defa söylenen mustakil bir cümlenin, diğer on bir aya ait manası vazıh ve muayyen olarak kalmaktadır.

İkinci hal: Nesih yolu ile ortadan kalkacak olan lâfzın ifade ettiği mana birliklerinin meçhûl ve gayri muayyen olarak kalması hali. Bu halde tahsise rağmen âm lâfız, tahsisten evvelki gibi manasının ifade ettiği bütün birlikleri keenne tahsis muamelesi ifa edilmemiş gibi, âm ve şamil bulunmaktadır.

Tahsisin tevlit etmiş olduğu üçüncü netice; tahsis edilmiş bulunan âm lâfızların sarahata benzer hukukî bir hüküm arzetmeleri ve bu hukukî hükmün, lâfzın tahsisinden sonra idame ettirdiği bütün mana birliklerine şamil bulunması keyfiyetidir. Tahsis edilmiş bulunan âm lâfız, bu tahsisden sonra elde etmiş bulunduğu manaya göre manalandırılır.

Bu neticenin husul bulması için şu şartların mevcut bulunması lâzımdır:

I — Tahsis amilinin, tahsis edeceği âm lâfza mukabil bir cümle bulunması lâzımdır. Misal: Ticaretle iştigal eden Amr tezgâhtarına «modası geçmemiş bulunan kumaşlarımı noksan fiatla satmayınız.» diye bir yazı yazmış olsa, buradaki «modası geçmemiş» kelimesi, noksan fiata satılacak olan kumaşları sarahaten göstermektedir. Zira moda denilen şey adet veya cins gibi, sarahatle taayyün etmiş bir şart değildir. Böyle olmakla beraber buradaki âm lâfız, tahsisinden sonra dahi cümle manasının şamil bulunduğu mananın istihdaf ettiği malların «noksan fiata satılmamak» hükmünü taşımaktadır. Tezgâhtar, modası geçmemiş bulunan bir kumaşı modası geçmiş telâkki ederek aldanabilir. Ancak modalarının geçmediği sarih bir surette belli olan kumaşları noksan bir fiata satamaz.

2 — Tahsis amilinin Peygamberin daha evvel intikal ettirmiş bulunduğu Kelâmı İlâhiye müstenit, veya alelitlak bir hadîs veya hareket tarzına muhalif bulunmakla braber; başka bir şekilde hareket hattı takip etmiş olması keyfiyeti veya yine eskisine muhalif bulunmamakla beraber, başka tarzda bir hadîs zikretmiş bulunmasının hukukî bir hüküm tesis eylemiş olması hali. Peygamberin bu yeni hareket tarzı esas itibariyle eskisine muhalif bulunmamakla beraber, eskisi ile nede olsa bir karine husule getirecek ve binaenaleyh eskisi üzerinde tahsis amili olarak eski hükmü tahdide uğratacak ve bir hükmü hukukî tesis edecektir. Misal: Hazreti Peygamber «Sadaka başkaları için meşru isede bizim için değildir» buyurmuşlardır. Binaenaleyh sadaka kabulü, Peygamber ve yakınları için mübah değildir. Bu hadîsten bir müddet sonra Hazreti Peygamber kendi zevcelerinden Ömerin hemşiresi bulunan Hafsa'nın evine giderek orada et yemeği yediler. Hafsa, bu eti komşunun kesmiş bulunduğu kurban etinden kendisine gönderilen et olduğunu söyledi. Peygamber buna karşı, «Bu, senin için bir sadaka, benim için bir hediyedir» buyurdular. İşte Peygamber bu ikinci hadîsle, birincisinin netayicini tahsis etmiş bulunmaktadır. Buna rağmen tahsise uğramış bulunan âm lâfız, manasının ihtiva ettiği birliklerde tatbik sahasını bulmaktadır. Daha açık bir deyimle, âm lâfız tahsise uğradıktan sonra dahi şamil bulunduğu manayı, Hazreti Peygamberin zatına mahsus olmak üzere muhafaza etmektedir.

3 — Tahsis amili Ashabın hareketlerine mütedair olupta Hazreti Peygamberin hareket tarzından ayrı bulunduğu halde, Peygamber tarafından görülerek sükût edilen ef'alden bulunmak. Hazreti Peygamberin kendi hattı hareketine ayrı olsa dahi, bu hareketi görerek sükût etmesi, o hareketi zımnen tasvib buyurmuş olması demektir. Misal: Peygamber bir Hadîsinde «Camide Kıbleye müteveccih olunuz» diye buyurmuşdur. Buna rağmen Ashabın Kıblenin sağ veya sol caniplerine müteveccih bulunduklarını gördüğü halde ses çıkarmamıştır.

4 — Gerek evamiri ilâhiye ve gerekse Sünneti Peygamberiye, İcmaı Ümmet suretiyle bir had tayini hususu. Misal: Kur'an, namuslu bir kadının iffetine taarruzu mutazammın söz söylemek suretiyle hakarette bulunan kimseyi (Kazif) dayak cezasiyle muatep kılmaktadır. Ömerin hilâfeti zamanında bir esireye vaki böyle bir taarruz dolayısiyle bu cezanın haddi bulunan seksen deynek. İcmaı Ümmet yolu ile kırk deyneğe indirilmiştir. Maahaza İcmaı Ümmet tarikiyle verilen bu karar, yine esas menba bulunan Sünnete istinat ettirilmiş bulunmaktadır. Peygamber bir hadîsinde: «Kölelere tatbik olunacak muamele, sahiplerine yapılacak olan muamelenin yarısıdır» diye buyurmuştur.

5 —Hukukşinas bulunan bir emirü'l-müminiinin ittihaz etmiş bulun duğu karar. Misal: Ebu Bekrin hilâfeti zamanında bekâr bulunan bir kadın zina fiilini irtikâp ettiği takdirde, cürüm şeriki ile beraber yüz deynek vurulmak suretiyle tecziye olunmakta ve başka bir mahalle sürgün edilmekte idi. Bu ceza, Peygamberin bir hadîsine müsteniden yapılmakta idi. Ömerin hilâfeti zamanında bu ceza tadile uğratıldı. Şöyleki: Bu fiili irtikâp eden bir kimse, yüz deynek vurulduktan sonra sürgün edildi. Bu şahıs sürgün edildiği mahalden kaçarak Bizans İmparatorluğuna sığındı, ve İslâmiyeti terk ederek irtidat etti. Bunu gören Ömer, bu gibi fiillerde yalnız dayak cezasını ipka ederek, sürgün cezasını kaldırdı. Böylelikle hadîs ile âmir bulunan bu cezanın, sürgüne ait kısmı tahsis suretiyle nesih edilmiş oldu.

Cihan şümûl bir kudrete malik bulunan Ömer, Emirü'l-Müminin sıfatiyle bu kararı ittihaz ederken, menabiden birisine istinat etmemiş bulunsa idi, kararının hiç bir kıymeti hukukiyesi olmayacağı belli idi. Nitekim bunu bilen Ömer, bu kararında Kelâmullah bulunan «Zaman

ile ahkâmın değişeceği» ve Hadîs olan «Sahabelerim, gözlerindeki nurî ilâhi (binuri'llâh) ile görürler» düsturuna istinat etmiş bulunmakta idi.

Tahsisin tevlit etmiş bulunduğu dördüncü netice, tahsis edilmek istenen âm lâfzın, tahsis edildikten sonra bu lâfzın bütün birliklerine âm ve şamil olmak üzere mefruz bir hüküm ifade etmesi halidir. Bu suretle tahsise uğrayan lâfız, âm lâfzın manası mucebince hareket edilmesi lâzım geleceğine dair bir karine teşkil eder. Ancak bu neticenin husule gelmesi için, tahsis amili bulunan lâfzın sarahat ve kat'iyetten mahrum olması lâzımdır. Misal: Bir tacirin memuruna yazılı olarak «mallarımı çabut sat, parasını gönder. Ancak fiatları yükselme istidadı gösterenleri satma» emrini vermesi gibi. Burada birinci cümlede kullanılan «mallarım» âm lâfzı ikinci cümlede kullanılan müphem ve gayri muayyen bir tahsis amili ile tahsis edilmiş bulunmaktadır. Memur, fiatlarının yükselmeyeceğine kanaat getirmiş olduğu malları tamamen satmakta haklıdır. Zira ikinci cümledeki tahsis amili, birincideki âm lâfzı ancak «mefruz» bir şekilde yani tam bir sarahatle olmayarak tahsis etmiş bulunmaktadır. Yukarda bahsetmiş bulunduğumuz istisna; şart, vasıf vesaire gibi tahsis amilleri zayıf ve kat'î bir ifade arz etmedikleri ahvalde daima bu neticeyi hasıl ederler. Tabiri diğerle sarahat ve kat'iyet bulunmayan tahsis amilleri, hukuk bakımından tam bir şekilde inşa vazifesini ifa edemezler.

Tahsisin tevlit etmiş bulunduğu beşinci netice, âm lâfızların tahsise uğradıktan sonra almış oldukları «mefruz mana» dolayısiyle dahi âm lâfzın ifade etmiş olduğu manaya uygun «hukuki bir karine» teşkil edememeleridir. Bu neticeyi vücude getiren sebebi bizzat âm lâfzın kendisinde aramak lâzımdır. Tahsis amili olan lâfzın bu hususta bir tesiri yoktur. Bu kabil âm lâfızların manasını tahdide uğratan, tahsis eden hususat beşerî idrak, havassı hamse ve örf gibi amillerdir. Misal: I — İki tacir dünya durdukça devam etmek üzere bir şiket tesis etmişlerdir. İşte bu halde idrakı beşer bu mukavelenamenın tesirlerini taraflardan birisinin veya her hangi bir sebeble her ikisinin birlikte vefat etmeleri haliyle tahdide uğratmakta, tahsis etmektedir. Misal: 2 — İçinde bulunduğu muharebeyi zaferle neticelendiren bir hükümdar, harp sahnesinde muhariplerden Amre «bütün araziyi sana timar olarak verdim» dese, buradaki «bütün arazi» kelimesi idraki beşerin kabul edemeyeceği bir husus olduğu için, tayin ve tahsise muhtaçtır. Beşerî idrak, hükümda-

4 — İşaret zamir veya isimleri.

.5 — Mevsul isimler.

6 — Yukardaki beş nev'e muzaf olan kelimeler.

Arapçada bir kelimeye iltihak eden kelimeye muzaf, kendisine ilhak olunan kelimeye ise muzafün ileyh denir.

* * *

Münker lâfızların hukukî bakımdan harfi tarifsiz kullanılan cemi şekilde bir kelimeden başka bir şey olmadığını, harfi tarif ile kullanıldığı takdirde âm lâfız halini iktisap edeceklerini izah etmiş bulunmaktayız. Ancak vermiş olduğumuz izahata göre, aralarında fark bulunmadığı gibi görülmektedir. Halbuki fark mevcuttur.

Âm lâfızlarla münker lâfızların aralarındaki farklar üç keyfiyet halinde mütalâa olunurlar ki, şunlardır:

1 — Âm lâfızlarda azamî ve asgarî bir muayyeniyet mevcut değildir. Misal: Ordu, beyi', rehin gibi. Münker lâfızlarda ise asgarî had, bilâkis malûm ve muayyendir. Azamî had gayri muayyen olduğu halde, asgarî had üçten aşağı olamaz. Bir davada, davacı iddiasını şahitle ispat için «iddiamın sıhhatini bilenler vardır» demiş olsa, başında «el» harfi tarifini kullanmadan bir münker lâfız kullanmıştır. Binaenaleyh, bu lâfzın medlûlüne uymuş olmak için asgarî üç şahit gösterebilmesi lâzımdır. Bu üç şahidi bulamadığı takdirde, iddiasını isbat edememiş ve hulf etmiş olur. Bu davacı münker lâfız kullanmayarak, başında harfi tarif bulunan cemi' halinde «el ricalü» şeklinde kullanmış ve «iddiamı herkes bilir» tarzında şahit göstermiş bulunsa idi, iki şahitle davasını isbat edebilir, iki şahit göstermesi kâfi gelirdi. Zira «el» ile cemi şeklinde olan rical lâfzı, başta harfi tarif bulunduğu için âm bir lâfız olmuş, ve âm lâfızların ise asgarî ve azamî hadleri gayri muayyen bulunmuş olduğundan, iki şahit gösterilmesi maksada kâfi bulunmuştur. Davacı iki şahit göstermekle âm bir lâfız olarak vaki beyanına uygun bir şekilde hareket etmiş olur.

2 — Âm lâfızlarda matlup, mananın vahdetidir. Bu mananın ifade ettiği teaddüddeki adetler ihtiyaca göre, artar, eksilir. Misal: Bir hükümdar, «ordu, memleketin şu cihetindeki hududa gönderilsin» emrini verdiği zaman, «ordu» kelimesi ile âm bir lâfız kullanmıştır. Bu lâfız hiç bir şüphe uyandırmayacak şekilde o memleketin bütün ordusuna âm ve şamildir. Yani ifade ettiği manada vahdet mevcuttur. Orduyu teşkil eden

ferdler, tabiri diğerle mananın ifade ettiği birlikler, ordu vasfına dahil bulunmaktadır. Bu ferdler, hududun muhafazasının istilzam ettiği miktara göre, artırılıp azaltılabilir. Bu azaltılma keyfiyeti tek bir ferde kadar indirilse dahi ordunun, ordu sıfatına halel gelmez. Zira âm lâfızlarda, adetler ihtiyaca göre artar ve eksilir. Münker lâfızlarda ise ifade olunan birlikler (ferdler)in heyeti mecmuası manaya dahil bulunmadıkları, ve teaddüd halinde oldukları için, asgarî haddin tayini, âm lâfızlarda olduğu gibi, ihtiyaca göre olmayıp kanunun tayin etmiş olduğu hadde göredir. Misal: Hâkim, mübaşire mahkemeye şahadet için gelmiş ve icrayı şahadet etmiş olan kimseler için «bunları bilenlerden tezkiye et» dese de, mübaşir de hariçten iki kişiden tezkiye etmiş olsa; tezkiye muamelesi tamam olmuş sayılmaz. Zira hâkim burada münker bir lâfız kullanmıştır ki, asgarî haddi kanunen tayin edilmiş bulunmaktadır. Bu emir muvacehesinde şahitlerin iki kişiden tezkiye edilmiş olması, emrin tamamen icra edilmiş olduğunu göstermez. Mübaşir böyle bir itiraza, yani iki kişiye yaptırılan tezkiyenin kâfi bulunmadığı hususuna karşı, ayni şahitlerin sabahleyin başka davada dinlenmiş olmaları dolayısiyle başka iki kişiye daha tezkiye ettirilmiş olduklarını ve binaenaleyh kanunun istediği nisapdan daha fazlasının hasıl olmuş olduğunu dermeyan etmiş olsa, bu da mesmu olmaz. Zira münker lâfızlarda asgarî had, âm lâfızlarda olduğu gibi vaziyetin iktiza ettiği icaba göre tayin edilmiş olmayıp, kanunun tayin ve tahdidine göredir. Binaenaleyh şahitlerin üç kişiye tezkiye ettirilmesi zarureti mevcuttur. Bu üçten aşağı olmaması kaidesi, arapça lisanında müfred, tesniye, ve cemi' kaidelerinin mevcudiyeti asesına istinat etmektedir. Tek olan şey, müfred, iki olan şey tesniye, ancak üç olan şey cemi'dir. Binaenaleyh, asgarî haddin üç olması, münker lâfızların cemi olmasının bir neticesidir.

Münker lâfızlarda kelime manasının ifade ettiği ferdlerin heyeti mecmuasının cümle veya münker lâfız ile ifade edilmek istenilen manaya dahil bulunmuş olmasına ihtiyaç yoktur. Misal: Efendi vekil harcına «bana hediye edilebilecek kıymette eşya alınız» diye emir vermiş olsa, vekil harç, efendisinin emrini yerine getirmiş olmak için hiç olmassa iki «nesne», «şey» almış olması lâzımdır.

3 — Âm lâfızların manaları, ihtiva ettikleri bütün birliklere âm ve şamil bulunmalıdır. Bu, böyle değişmez bir kaidedir ki, âm lâfızlar bir veya iki fikri, ifade ettikleri mananın haricinde bırakmış olsalar âm lâ-

fız mahiyetini derhal gaip ederler. Misal: Bir kimse «elmaları yedim» dese, bundan o adamın dünya yüzünde elma denilen meyva cinsine ait bütün elmaları yediği manası anlaşılamaz. Hattâ bu husus şahadetle teeyyüt etmiş olsa dahi, imkân olmadığı için bu şahadete de itibar edilemez. Zira burada ifade edilen âm lâfız, «elmalar» lâfzına dahil bütün birlikleri ihtiva etmekte olduğundan cümlenin manasına tatbike imkânı maddi mevcut değildir. Bunun aksine olarak münker lâfızların manalarında ihtiva ettikleri bütün birlikleri âm ve şamil bulunmasına lüzum yoktur. Bu birliklerden bir veya bir kaçının manaya dahil olması kâfidir. Yukardaki misalde olduğu gibi. «Elmaları yedim» lâfzında bir insanın bütün dünyadaki elmaları yemesine imkân bulunmadığı için lâfız. mananın bütün birliklerini ihtiva etmemekte, ancak bir kaçını âm ve şamil bulunmaktadır. Binaenaleyh bu hususa dair vaki olacak şahadet ve iddia yerinde bir şahadet ve iddia olmuş olur.

B SINIFI

BİRİNCİ NEVİ

MEDLÛLLERİ AŞİKÂR OLANLARDAN: NASS

(Les termes Péremptoires)

Nass olan lâfızlar, yalnız zahir olmakla kalmayıp, söyleyen kimsenin o sözü söylemesi ile tek bir mana kasdetmesi ve başka bir mana kasdetmemesi dolayısiyle zahirden ziyade münkeşifdirler. Nass olan lâfızlar bütün lâfızların fevkinde zahir olup, manaları tamamiyle münkeşif ve hiç bir suretle itiraz edilemeyecek vasıftadırlar.

Kur'andaki «Allah bey'i helâl. faizi haram kıldı» hükmü bir nasdır. Zira Cenabı Hakkın bu emri zahirin fevkinde bir sarahatle, dainin medyundan, gümüşe mukabil gümüş, altuna mukabil altun gibi nesnelerin mübadelesinde, verdiğinin fazla miktarını almasını haram kılmıştır.

Nass'ın hükmü hukukîsi şunlardır:

1 — Bir fikri daima sureti kat'iyede ifade etmesi.

2 — Sureti kat'iyede ifade edilmiş bulunan bu hüküm ile müslümanların zimmetine, içtinabı kabil olmayan vecibeler terettüp eylemesidir.

Nass kelimesi ekseriya Kelâmullahı veya Hadîsi Peygamberîyi göstermek için kullanılır.

B SINIFI

İKİNCİ NEVİ

ZAHİR

(Les termes Évidents)

Karineye ihtiyaç hissettirecek bir mesaii fikriyeye lüzum hasıl olmadan, mücerret işidilmekle anlaşılan sözlere «zahir» denilir. Kur'andaki «Ehallâ'llahü'l-bey'e» deki helâl kelimesi gibi. Arapça lisanına vakıf herkes, bu helâl kelimesini görür görmez, hiç bir karinenin vücudüne ihtiyaç hissetmeden bu kelime ile «Meşruiyet»in ifade edilmek istenildiğini derhal anlar.

Zahir olan lâfızların hükmü hukukîleri hakkında iki fikir mevcuttur. İmamı Kerhî ile bu fikre iltihak eden bir çok hukukşinaslara göre; zahirin, ifade ettiği manayı kat'î olarak, yani vacip şeklinde ifade etmesidir. İmamı Ebû Mansur el Maturîdî ile bu zata iltihak eden ulemanın kavillerine göre, ise zahirin hükmü zannîdir. (Approximative)

B SINIFI

ÜÇÜNCÜ NEVİ

MUHKEM

(Les Termes Fortifiés)

Nesih olunmağa, yani ilga edilmeye hiç bir surette müsait bulunmayan lâfızlardır. İfade kuvveti bakımından zahirin dununda iseler de müfesserin fevkindedirler.

Hazreti Peygamberin, «Cihat, hükmü kıyamete kadar mer'î olacak bir vecibedir» hadîsinde olduğu gibi. Muhkem lâfızların hükmü, müfesser lâfızların hükmü gibidir.

B SINIFI

DÖRDÜNCÜ NEVİ
MÜFESSER

(Les Termes Annotés)

Zahiriyetleri, ilâve olunacak fikir ve şerhlerde daha fazla inkişaf eden lâfızlara müfesser denir. Bu lâfızlar ilâve olunacak takrir ve beyanlarla o derece vuzuh peyda ederler ki, âm iseler tahsis, has iseler tevil imkânı kalmaz. Misal: Müstahdemine «toptan bütün mallarımı sat» diye emreden bir tacir «bütün mallarımı» lâfzı ile zahir bir lâfız, «toptan» kelimesi ile de müfesser bir lâfız kullanmış olur. Diğer misal: (Ayet) «İnsan haristir. Felâkete feryad ve figanla mukabele ederek saadet gelince, o saadete bütün ihtirası ile bağlanır». Burada sarih yani zahir olan cümle, «insan haristir» cümlesidir. «Felâkete feryad ve figanla mukabele» ile «saadete bütün ihtirası ile bağlanır» cümleleriyle zahir olan cümleyi; zahir ve muhkemin fevkinde vuzuha eriştiren hal, müfesser haline koyan lâfızlardır.

B SINIFININ MEDLÛLLERİ
İTİBARİYLE HAFÎ OLANLARDAN: HAFÎ

(Termes Latents)

Medlûlleri hafî olan lâfızlar ise yine dört nevide tetkik olunurlar.

Hafî, haricî bir sebeble manası tamamiyle anlaşılamayan lâfızlara ıtlak olunur. Bu haricî sebep, lâfzın manası itibariyle ipham tevlit etmeyip arizî olarak vukua gelir. Tabiri diğerle bu haricî sebep, i'mâli fikir edildiği takdirde derhal zail olur. Nasıl ki zahir, nass'ın daha hafif derecesi ise, hafî de ibhamın hafif derecesidir. Tamamiyle zahir mukabilidir. Misal: «hırsız» kelimesi. Hukuk lisanında, kapalı bir mahalden, sahibinin izni olmaksızın bir şeyi alarak temellük etmek manasına gelmektedir. Bu kelime hiç bir suretle hafî bir kelime değildir. Hırsız kelimesi işitilir işitilmez akla, yukardaki tarife uygun mefhum gelir. Fakat hırsız yerine yan kesici «tarrar» veya ölü soyucu «nebbaş» tabirleri istimal edilince hafîlik başlar. Kelime itibariyle hırsız kelimesinden ta-

mamen başka bulunan bu kelimelerin, biraz i'mâli fikir edilince, sirkat nevilerinden bulunan diğer iki nevi hırsızlığı göstermek için kullanıldığı görülür. Yani burada lâfzın manasında hafa olmayıp haricî bir sebeple manası tamamiyle anlaşılmamaktadır.

Hafî lâfızların ifade ettikleri hükümler şunlardır:

Hafî bir lâfızla ifade edilmek istenilen fiil veya şeyin biraz i'mâli fikir etmek suretiyle, zahir bir lâfız ile ifade olunan fiil veya şeyden daha vahim bir hal olduğu anlaşıldığı takdirde, zahir lâfız ile ifade olunan fiile tatbik olunan hüküm, aynen hafî lâfız ile ifade olunan fiile de tatbik olunur. Misal: Hırsızlığın bir cezası vardır. Hafî lâfız ile ifade olunan yankesicilik, daha maharetle ika olunan bir hırsızlık bulunduğuna ve binaenaleyh hırsızlıktan daha vahim olduğuna göre, hırsızlık hakkındaki hüküm; yankesiciliğe tatbik olunur.

Hafî lâfız ile ifade olunan fiil, zahir lâfız ile ifade olunanın dununda, yani ondan daha hafif bir fiil bulunduğu takdirde, zahir lâfız ile ifade olunan fiile mürettep cezanın daha hafifi tatbik olunur.

MÜŞKÜL

(Les Termes difficiles à comprendre)

Hafî lâfızlardaki hafanın izalesi müşkül bulunduğu takdirde, bu gibi lâfızlara «müşkül» denir. Bu gibi lâfızların hakikî mânaları ancak, cehid ve sebatkâr bir taharri ile elde edilebilir. Misal: (Ayet) «Cünüp halinde bulunduğunuz zaman iyice temizleniniz» ayetinde «iyice temizleniniz»in manasını tayin ve tesbit müşküldür. Zira «tathirû» mübalâğa ifade etmektedir. Yani ayetin manası cünüp halinde mübalâğa ile temizleniniz demektir. Acaba bu mübalâğa ile temizleniniz emrinde, bedenin azasına dahil bulunan ağız ve burun delikleri de dahil midir? Kelâmullahda ağız ile burun deliklerinin de dahil bulunduğunu gösteren bir işaret mevcut olup olmadığı için bu hususu tayin ve tesbit müşkül bulunmaktadır. Burada ferdin cehid ve taharrisi ne kadar kuvvetli olursa olsun bu ayetten, ağız ile burun delikleri hakkında bir hüküm istihracına imkân yoktur. Binaenaleyh meseleyi hal için başka menbalara müracaat zarureti vardır. Onun içindir ki, mesele Hazreti Peygamberin tatbikatına yani, Sünnetine imtisalen halledilmiştir.

MÜCMEL

(Les Termes Sommaires)

Ne tefekkür ve ne de taharri ile manası anlaşılamayacak derecede hafî bulunan lâfızlara mücmel denir. Bu kabil mücmel lâfızları sarf eden kimse, manasının ne olduğunu bir beyan ile açıklamak zorundadır. Zekât, salât, gibi lâfızlar mücmel lâfızdır. Zira salâtın lûgat manası, dua demektir. Halbuki bunun merasimi mahsusasına tevfikan namaz kılmak olduğu, yani şer'î bir lâfız olarak manası ve netayici ancak Hazreti Peygamberin beyanına göre, usul ve adabına riayet suretiyle ifa olunmakla anlaşılmaktadır. Zekât da böyledir. Lûgat manası temizlemek demektir. Malı temizlemek ise herkesin malının kırkda birini muhtaçlara muavenet için vermekle olduğunu, Peygamberin beyanı ile anlamış bulunmaktayız.

Mücmel lâfızların hükmü ise şunlardır: Mücmel lâfız hakkında, manasını izah eden bir beyanın diğer menbalarda bulunmasına kadar, bir hüküm vermemek; menbalarda da bu hususta şüpheyi tamamen ref edecek bir sarahat bulunmadığı takdirde, bu lâfzın manası için mümkün olduğu kadar hakikate yaklaşabilmek yolunda kıyasa müracaat etmek.

Gerek menbalardan elde edilmiş bir beyan ve gerekse Kıyas yolu ile vasıl oluanan bir manadan sonra mücmel lâfız, artık müfesser bir lâfız manasını almış olur. Beyan, mutlak bir sarahati muhtevi bulunmadığı, yani zannı muhtevi bulunduğu takdirde ise lâfız, müevvel olmuş olur. Birinciye misal: Hazreti Peygamber zekât için «Malınızın öşürünün dörtte birini zekât olarak veriniz» diye buyurmaktadır. Öşrün -ki onda bir demektir.- dörtte biri iki buçuktur. Öşür ise yüzde on olmasına göre, zekât miktarının yüzde ikibuçuk bulunduğu hiç bir zan ve tereddüde mahal vermeden anlaşılmaktadır. (Kırkda bir). İşte zekât hakkındaki Hazreti Peygamberin bu beyanı, mücmel bir lâfız olan zekât kelimesini müfesser hale koymuş bulunmaktadır.

İkinciye, Yani Müevvele misal: (Ayet) «Abdest alırken başlarınızı meshedeniz» de olduğu gibi. Ayette başın ne kadar kısmının meshedileceği bildirilmemiş olduğuna göre, mücmel bir lâfız olarak kalmıştır. Hazreti Peygamber abdest alırken kafa tasının ön tarafına, yani

nasıyeye meshederlerdi. İşte Peygamberin bu tatbikatı mücmel olan mesih lâfzını açıklamış bulunmaktadır. Ancak Peygamberin bu tatbik şekli, tek bir şahit tarafından intikal ettirilmiş bulunduğu için, nass teşkil etmemekte; binaenaleyh kat'î bir sarahati ihtiva eylememektedir. Bu itibarla müevvel bulunmaktadır.

MÜTEŞABİH

(Les Termes ressemblants)

Fikri beşerle manalarının ne olduğu bilinmek imkânı olmayan lâfızlara müteşabih lâfızlar denir. Bu lâfızların manalarını Peygamber dahi idrak edememiştir. Bazı surelerin baş tarafında bulunan ayrı, ayrı harflerden müteşekkil lâfızlar gibi.

Müteşabih lâfızlar iki nevidir.

1 — Ne harflerinde ne de o harflerin teşkil ettiği lâfızlarda bir mana anlaşılması imkânı bulunmayanlardır. Surelerin baş taraflarında bulunan «Elif, lâm» «Ta, ha» «Ya, sin» gibi ki bunlara «Müteşabihü'l-lafz» denir.

2 — Lâfzın manası vardır, fakat bu mana; akla muhalif olduğu için anlaşılmasına imkân yoktur. Bunlara da müteşabihü'l-mana denir. Misal: (Ayet) «Allahın eli açıktır. Kullarına lûtuf ve nimetlerini istediği şekilde verir» ayetinde olduğu gibi ki, burada Allahın eli(Yedu'llah) lâfzı müteşabih bir lâfız bulunmaktadır. El manasına olan «yed» kelimesi, bildiğimiz el manasına alındığı takdirde Cenabı Hakka isbatı yed lâzım gelir ki bu da İslâmiyetin akidelerine göre muhal bir şeydir.

Mutezile, Allahın Eli lâfziyle Allahın Kudreti anlatılmış olacağını kabul etmektedirler. İmamı Azam bu kelimedeki müteşabih sıfatının izalesi için, Allahın Eli lâfzını Allahın Kudreti şekline sokmak; lâfzı Allahın Kudreti şeklinde edadan aciz bulunmayan Cenabı Hakkın iktidar vasfına karşı nefiyde bulunmak demek olacağını ve binaenaleyh böyle bir hareketin muazzam bir günah teşkil edeceği reyindedir.

Müteşabih lâfızların hükmü şunlardır:

1 — Lâfzın hakikat olduğuna itikat etmek.

2 — Lâfzı tevil veya tefsire uğraşmamak.

Esasen bu cihet Kur'anda da mezkûr bulunmaktadır. «Kalplerinde haktan ziyade batıla meyli olanlar; fitne ve fesat tevlidi için müteşabih lâfızlara ittiba ederler. Müteşabih lâfızların manasını ancak Cenabı Hak bilir.»

Lâfızların istimalleri dolayısiyle üçüncü bir sınıf teşkil ettiğini ve onların da dört nevide mütalâa olunacağını yukarda görmüştük.

C SINIFI

BİRİNCİ NEVİ
HAKİKAT

(Les Termes Vrais)

Tayin ve tahsis olundukları manaları kat'iyetle ifade eden, lâfızlara hakikat ıtlak olunur. Misal: Kur'andaki «Hoşunuza giden, kendinizce güzel telâkki edilen kadınlarla evleniniz» ayeti bir hakikattir.

Hakikatın hükmü; telâffuz eden kimse, neyi kastederse etmiş olsun, hakikat olan tayin ve tahsis olunduğu manayı ifade etmesidir. Kölesini azad ettiğini ve yahut Zeyde bin dirhem borcu bulunduğunu ikrar eden bir kimse, bilâhare bu lâfızları kölesini azadetmek ve yahut Zeyde bin dirhem borçlu bulunduğunu ifade eylemek kastiyle söylememiş bulunduğunu iddia edemez.

C SINIFI

İKİNCİ NEVİ
MECAZ

(Les Termes S'appliquant par une extention logique de leur sens)

Mantıkî bir münasebet tahtında, tayin ve tahsis olundukları manadan başka bir manayı ifade eden lâfızlara mecaz denir. Misal: «Helâdan kalkınca yıkanınız» emrinde olduğu gibi. Helâ kelimesi mecazî olarak abdesthane yerine kullanılmıştır. Helâ, boşuk çukur demektir. Lâğımların da çukur içinde bir boşlukta bulunduğu göz önüne alınırsa abdesthane ile helâ kelimeleri arasında mantıkî bir münasebet de mevcut bulunduğu görülür.

Mecazın hükmü, sarf edilen lâfzın mecaz tarikiyle istihdaf ettiği manadır. Bu mana «sabit» olarak teessüs eder. Misal: Hazreti Peygamber «Ölçeği ölçekle mübadele ediniz» buyurmuşlardır. Burada kullanılan ölçek kelimesi, mecazen kullanılmış ve öçeğin ihtiva etmiş olduğu nesneyi mecaz tarikiyle ifade etmiş bulunmaktadır. Binaenaleyh bu kelimenin kullanıldığı hallerde adliyece, ölçeğin muhtevi bulunduğu nesne sabit olur.

C SINIFI

ÜÇÜNCÜ NEVİ
KİNAYE

(Les Termes exprimant allusion)

Sarih ve muayyen manayı muhtevî bulunduğu halde, söyleyen tarafından bu mananın gayri bir mana kasd olunarak telâffuz olunan lâfızlara kinaye denir. Hırsız olduğuna kani olduğu bir şahıs için muhatabın o kimseye doğrudan doğruya yüzüne karşı «sen hırsızsın» demeyip te, kinaye tariki ile kendisinden bahsederek o şahsı anlatmak için «ben hırsız değilim» demesi gibi. Diğer misal: (Ayet) «Karılarınızla teması müteakip gusül ediniz» emrinde olduğu gibi ki temas kelimesi sarih ve muayyen bir manayı muhtevi bir lâfızdır. Burada temas kelimesiyle emri ilâhinin cinsî münasebeti kasd ettiği ve cinsî münasebeti müteakip gusül abdesti alınmasını amir olduğu kinaye tarikiyle anlaşılmaktadır.

Kinayenin hükmü şunlardır:

1 — Kinaye yolu ile söylenen sözün teallûk ettiği husus, sübut bulduğu takdirde kinaye suretiyle iradı kelâm edilmiştir diye, icra edeceği hukukî tesire halel gelmez. Misal: Bir ticaret şirketinde, şirketin satış muamelesini icra eden şerik, şahitlerin huzurunda «kışlık olarak sattığımız mallardan hiç bir zarar hasıl olmadı» şeklinde bir beyanda bulunsa, kinaye tarikiyle, kışın soğuk mevsimde istimal olunan yünden mamûl eşyayı kasd etmiş olduğu anlaşılır. Bu şerikin bilâhare kastının bu demek olmadığı yolundaki iddiası üzerine hâkim, kışlık mallardan ne kasd etmiş olduğu hususunu tahkike mecburdur. Kış mevsimi esnasın-

da bu şerikin yün kumaştan başka kumaş satmadığı takdirde, kinaye yolu ile irad edilen lâfız sabit olmuş olur. Hâkimin hükmü bu sübut üzerine istinat eder.

2 — Kinaye yolu ile irad edilmiş olan lâfızlar, hiç bir zaman cezaî hükümlere mesnet ittihaz olunamaz. Kinayeyi mutazammın elfaza müstenit delillere istinaden hiç bir cezaî hüküm tesis edilemez. Misal: Muhatabını zina suçu ile suçlandırmak isteyen birisi, o şahsa kinaye tarikiyle zani olduğunu söylemek için «ben zani değilim» demiş olsa bu söz, bilâhare tasrih edilmek suretiyle maksat açıklanmış bulunsa dahi, bir hükmü kanunî ifade etmez.

C SINIFI

DÖRDÜNCÜ NEVİ
SARİH

(Les Termes Clairs)

Muhatabın nezdinde tamamiyle zahir olan ve o lâfzın gerek kesreti istimali ve gerek manasının sabit bulunması dolayısiyle hiç bir karineye veya teemmüle ihtiyaç göstermeden söyleyenin maksadını anlatan lâfızlara sarih ıtlak olunur. Kölesine «azadsın» diyen efendi, manası tamamiyle zahir olan sarih bir lâfız telâffuz etmiş olur. Bu sarahat kelimenin yalnız lûgat manasının sarahati itibariyle olmayıp, ayni zamanda gerek bütün bir milletin, gerekse bütün bir sınıfı içtimâînin bu lâfzı tarzı istimali, hukuk ulemasının bu lâfza vermiş bulundukları mana itibariyle de her türlü tefsir ve tevilden tamamiyle berî bulunmaktadır.

Sarih lâfızların hükümleri şunlardır:

1 — Bu lâfızların kıymeti hukukiyelerinin, telâffuz eden kimsenin kasıt ve niyetiyle alâkaları yoktur. Yani hüküm, manaya değil lâfzın aynine teallûk eder. Misal: Koca karısına «sen benden boşsun» demiş olsa, kullanmış olduğu «boşsun» lâfzının sarahatını, maksadının karısına bir ihtarda bulunmak olduğunu söyleyerek, izale edemez. Talâk, nazarı hâkimde sarahaten sabit olmuş olur. Bu sözü işiten kadın harekâtında tamamiyle serbest olarak, istediği aher bir kimse ile izdivaç edebilir.

2 — Sarih bir manayı havi lâfzı telâffuz eden kimse, bu lâfzı isti-

mal etmiş olmakla beraber, kastının başka türlü manaya delâlet ettiğini isbata kalkışsa ve zahiri halde kendisini müeyyit bulunsa hüküm, sarf etmiş olduğu lâfzın manasına verilir. Tabiri diğerle sarih, delâleti iptâl ve izale eder. Halbuki ibadata müteallik mesaide, mesele böyle değildir. Hukukî mesaide lâfzın sarih olan manası ne ise, delâletine bakılmaksızın, hükmün esasını da o sarih mana teşkil eder. Misal: Bir koca karısına «sen benden boşsun» demiş olsa da, kadın kocası ile ikamette devam etmiş bulunsa, kadın dinen bir günah işlemiş sayılmaz. Böylelikle kocanın kastının boşamak olmadığı anlaşılarak kadın hiç bir günah ile muatep olmadan kocası ile oturur. Ancak, bu sarih lâfzın telâffuzundan istifade etmek isteyen kadın, hâkime müracaat ettiği takdirde, «boşsun» kelimesinin sarih manasına dayanılarak talâka hükmolunur.

D. SINIFI

Lâfızların başka başka manalar ifade etmesi dört yolla olur. Bu yollardan birisi ile bir lâfızdan mana istihraç olunduğu takdirde, lâfızlar artık başka türlü bir kıymeti hukukiyeyi iktisap etmiş olurlar. Bu yollar vasıtasiyledir ki, hukukcular o lâfızdan ef'ali beşeriyeye mahsus hüküm istihraç ederek o fiile mürettep şer'î hükmü tesbit ederler. Bir lâfızdan başka başka manalar istihracı için dört yol mevcut bulunduğuna göre, her lâfız ayrı ayrı dört manayı ihtiva eder demektir. Hukukşinaslar tarafından tesbit edilmiş bulunan her lâfzın bu dört türlü manası, her lâfzın ifade etmiş bulunduğu hakiki ve asıl manasına istinad edilmiş bulunmaktadır. Bu yollar şunlardır:

Birinci yol: İbare yoluyla delâlet (Passage Par les lèvres) (Dâl bi'l-ibare). Söz söyleyen kimsenin fikrini kelime veya cümle halinde dudakları arasından çıkarmasına «ibare» (Lecture) denir. Fikirleri umumiyet itibariyle cümleler ifade eder. Evet, hayır kelimelerinde olduğu gibi, tek kelimeler de fikir ifade etmek kabiliyetini haizdirler. Misal: (Ayet) «Allah bey'i halâl, faizi haram kıldı» (*) Bu ayeti telâffuz eden kimsenin fikri, beyi' ile faiz arasındaki farkı izah etmektir. Ayetin kastetmiş olduğu gaye de budur. Netekim bu ayet kendisinden evvelki bir ayetin muhtevi bulunduğu fikri itmam etmektedir. O ayette: «İman etmeyenler, beyi' de faizden başka bir şey değildir dediler.» İşte yukardaki birinci ayet bu ayete cevap teşkil etmekte ve faizle beyi' arasında

mevcut farkı tesbit etmektedir. Binaenaleyh buradaki asıl maksat beyi' ile faizin farkını tesbit etmektir.

İşte hukukşinasların bir kelime veya cümleye ilk olarak atfettikleri kıymet, dudakların arasından çıkan lâfızların hakikî manasıdır. Yani lâfızların ilk kıymeti hukukiyeleri ibareye delâleti dolayısiyledir. (Dâl bi'l-ibare). Tabiri diğerle lâfzın telâffuzu ile hasıl olan manâyadır.

İkinci yol: İşaret yoluyla delâlet. (Dâl bi'l-işare). Anlamak hassamızı mantıkî bir işaret delâletiyle, lâfzın ikinci manâsına sevkeden yoldur. Bu yol delâletiyle lâfızlar, idrâk hassamızı üç muhtelif şekilde, üç muhtelif manâya sevkederler:

Birinci şekil: Dudakların hareket tarzı ile, izhar edilmek istenilen fikir arasında mutabakat bulunması halidir ki, bu her kelimeye atfedilmiş bulunan ilk mana şeklidir. İbare yoluyla delâlet bahsinde verdiğimiz izahat gibi.

Usul Uleması, hukukan ifade etmiş olduğu manâ ile mevzu bulunduğu manâ arasında tam bir mutabakat mevcut olan elfazı mütabakatı tamme halinde kabul ederler. Misal: Faiz manâsına gelen «Riba» kelimesi. Bu kelimenin ammece istimal olunan mevzu manâsı «fazla» demektir. İki ay için on ölçek buğday alan kimsenin, iki ay nihayetinde bir ölçek fazlası ile on bir ölçek olarak iade etmesi gibi. İşte hukuk ilmi bu kelimeyi, bu ilk mevzu manâsı ile almış, hukukî manâ olarakta kelimenin ilk mevzu şekline mütabık bir manâ ifade etmiştir. Hukukan verilmiş olan bu manâ, ibare dolayısiyle verilen manâya, yani Dâl bi'l-ibare'ye tamamiyle uygun ve mutabıktır.

İkinci şekil: Lâfzın muhtevi bulunduğu asıl manâ ve fikrin himayesinde gizlenmek suretiyle ikinci bir manâ ifade etmesi halidir. Bu hal arapçada «Tezammun» kelimesi ile ifade olunur. Tezammun demek, bir şeyi kotuğunun altına almak demektir. Yani bu ikinci manâ, sarfolunan sözün hakiki manâsının koltuğu altında bulunduğu gösterilmektedir. Misal: (Ayet) «Ana ve babanıza kaşı öf demeyiniz» de olduğu gibi. Bu ayet ile Cenabı Hak, çocukların ana ve babalarına karşı sabırsızlık ve hiddet ifade eden «öf» edatını kullanmamalarını emretmektedir. Ayetin hakikî ve ilk manâsı budur. Ancak bu ayet, başka bir manâyı daha tazammun etmekte, yani koltuğunun altında mantıkî bir netice olarak başka bir manâ daha gizlemektedir ki, o da çocukların ana ve babalarını ümitsizliğe, ız-

tıraba düşürecek; onları ağlatacak hallerden tevakkî etmeleridir. Şu halde ayetin ibare delâletiyle manâsı, ana ve babalarınıza karşı öf demeyiniz olduğu halde, tezammunî surette işaret yolu ile manâsı, çocukların ana ve babalarına fena bir şekilde hareket etmemelerini âmir bulunmaktadır.

Üçüncü şekil: Lâfzın ilk manâsının mantıkî bir zaruret neticesi olarak ikinci bir manâyı da muhtevi bulunması halidir. Lâfız, bu ikinci manâyı mantıkî bir zaruret dolayısiyle tahammül etmiş, yüklenmiştir. Onun için tahammül etmek, yüklenmek manâsı ifade eden iltizam kelimesi ile ifade olunurlar. Misal: Şarap gibi. Şarap istimali neticesi, sarhoşluktur. Binaenaleyh şarabın memnuiyetinin zaruri olan mantıkî neticesi, yani bu memnuiyetin tahammül ettiği ikinci manâ, sarhoşluğu tevlid eden her nevi meşrubatın memnuiyetidir.

Üçüncü yol: Delâlet yoluyla delâlet (Dâl bi'd-delâle) (L'induction). Lâfzın ilk manâsından hukukî ve mantıkî olarak istintaç olunan manâlar. Fikri beşeri, o lâfzı işitir işitmez arkasından başka bir lâfız gelecek fikrine sevk eden lâfızlardır ki, bunlara; bir şeyi başka bir şeyin takip etmesi lâzım ve zaruridir manâsına olan «Lâzımı müteehhir» denilir. O surette ki, bu ikinci manâ mevcut bulunmadığı takdirde, birinci ve ilk manânın ifade etmiş bulunduğu fikir tamamlanmış sayılmaz. Misâl: (Ayet) «Akitlere riayetkâr olunuz» da olduğu gibi. Bu ayetin hakikî ve ilk manâsı, akitlere riayet etmektir. Ancak, bu birinci ve ilk manâ, hukukî bir zaruret olarak ikinci manâyı kendiliğinden ifade etmektedir, ki o da akitlerin şeraiti kanuniyesine göre inikat etmiş bulunmaları halidir. Beyi' aktinde akit, icap ve kabul ile inikat etmiş olur. İcap ile kabulün kanunî bir şekilde tevafuk etmeleridir ki, beyi' denilen akdi vücuda getirir. Şu halde beyi' lâfzının gerek hukukî ve gerekse lûgat manâsı icap ile kabulün telâhuk ve tevafuk etmesidir. Ancak bu telâhuk ve tevafuk dolayısiyle, bir neticei mantıkiye ve hukukiye olarak, ikinci bir manâ daha istintaç edilmektedir ki, o da müşterinin tekarrür ettirilen meblâğı satıcıya vermesi ve satıcının da satılan şeyi müşteriye teslim eylemesidir. İşte bu iki türlü vecibe beyi' lâfzını takip etmesi zaruri bulunan, ve bunlar olmaksızın beyi' lâfzına tamamlanmış nazarı ile bakılamıyacak bulunan lâfızlardır. Şu halde beyi' denince icap ile kabulün telâhukunu ve satılan şeyin müşteriye teslimi ile bedelinin alınmış olmasını anlamak lâzımdır.

Dördüncü yol : İktiza yoluyla delâlet. (Dâl bi'l-iktiza). Fikri ifade eden kelime veya cümlenin mütekaddim bir lâzımı iktiza etmesine iktiza yoluyla delâlet denir. Tabiri diğerle, lâfzın hukukan iktiza eden bir manâya delâletidir. Yukarda misal olarak arzettiğimiz «akitlere riayet ediniz» misalinde olduğu gibi. Bu hükmün temamiyle mahalli tatbik bulması için bir takım lüzumlu şartların daha evvelden vücut bulmuş olması lâzımdır. Husulü lüzumlu bulunan bu mütekaddim şartlar; akde akit denilebilmek için lâzımdır. muktezidir. Misal: Beyi'. Her beyi' akdi şu üç şartın bir araya gelmesi ile husul bulur: 1 — Akdi icra edecek iki tarafın mevcudiyeti. 2 — Beyi' meclisinin inikadı. (Beyi' meclisi alıcı, satıcı ve şahitlerin bir arada bulunmalarına denir); 3 — Tarafların icap ve kabulde bulunmaları. Beyi' icap ile kabulün yekdiğerine telâhuk ve tetabuku ile vücuda gelir. Fakat bu iki kelimenin telâffuz edilebilmiş olması için, daha evvelden alıcı ve satıcının bir araya gelmesi, beyi' meclisinin kurulmuş olması lâzımdır. İmdi, Cenabı Hakkın «Akitlere riayet ediniz» emri ile bir aktin husule gelmesi için, daha evvelden lüzumlu bulunan bilumum usul ve muamelelere de işaret edilmiş bulunmaktadır. İşte aktin husul bulması için akte tekaddüm eden usul ve kaideler, akitlere riayet ediniz emri celilinin iktiza ettiği mütekaddim lâzımlardır. Binaenaleyh bu emrin iktiza yolu ile delâletidir. Tabiri diğerle Cenabı Hakkın bu emri; tarafların mevcudiyeti, beyi' meclisinin inikadı, tarafların icap ve kabulde bulunmaları gibi hukukan iktiza eden manâlara delâlet etmektedir.

Hukuk ulemasının dört menbadan istihraç etmiş oldukları ve delil ünvanını verdikleri bütün lâfız ve kelimelerin, bu dört şekildeki manâ ifadesi tarzlarına istinad etmektedir. Muhtelif kerreler tekrar ettiğimiz gibi şari', Allah ile Peygamberidir. Ulema ancak bunların emirlerini bulup çıkarmak vazifeleri ile mükelleftir.

* * *

İKİNCİ KISIM (MEBAHİSİ MÜŞTEREKE)

İKİNCİ BAHİS
MUTLAK VE MUKAYYET

Lâfızlar mutlak ve mukayyet olarak ta taksime uğramaktadırlar.

* * *

MUTLAK LÂFIZLAR

Manâları haricî her hangi bir kayıtla mukayyet bulunmayan lâfızlara mutlak denir. Misal: «Kölemi azad ettim» diyen efendi, «köle» kelimesi ile mutlak bir lâfız istimal etmiş olur. Bu kelime ile siyah, beyaz, müslim, gakrimüslim kölelerinden herhangi birin kasdetmiş olur. Zira «Köle» kelimesine manâsını takyide uğratacak harici hiç bir kayıt lâhik bulunmamıştır.

* * *

MUKAYYET LÂFIZLAR

Manâları sahası haricî kayıtlarla tahdit ve takyide uğrayan lâfızlara mukayyet denir. Gayri kastî olarak sebebiyet verilen ölümler için kefaret zımnında «bir müslim kölenizi azad ediniz» emri bu cümledendir. Buradaki köle kelimesi mukayyettir. Zira köle kelimesinin ifade etmiş olduğu mutlak manâ, harici bir kayıtla, azad edilecek kölenin İslâm dinine mensup bulunması tahdidi ile hudutlandırılmış bulunmaktadır.

Mutlak ve mukayyet lâfızların söz arasında birlikte bulunmalarına mütedair iki noktayı nazar mevcuttur:

İmamı Şafiî, mutlak lâfız manâsının her hal ü kârda mukayyet lâfız manâsına tabi olduğu reyindedir. İmamı Azam ise, aynı cümle içerisinde bulunan mutlak ve mukayyet lâfızlar müttehit bir hâdiseyi ve fikri hükümlendirdikleri takdirde mutlak lâfzın, mukayyede tabi bulunduğu fikrindedir. Misal: Bir mülk sahibi «Malikânemi size bin dirheme sattım, bu günden itibaren bir ay içerisinde bu evi tahliye edeceğim» diye bayanda bulunsa, mutlak bir lâfız olan malikâne kelimesi, ev kelimesi ile tahsis edildiğine göre, mukayyet olmuş olur. Bahis mevzuu olan beyi' ise müttehid bir hadise olmasına göre mutlak olan malikâne lâfzının manâsı, mukayyet bir lâfız olan ev lâfzının manâsına tabi olmuş olur. İhtilâf halinde hâkim, satıcının yukardaki beyanla milkine dahil bulunan emvalden yalnız evini satmış olduğuna hüküm vermek mecburiyetindedir.

Beyanla istihdaf olunan hâdise müttehid bulunmadığı takdirde, İmamı Azam, mutlak lâfız manâsının mukayyet lâfız manâsına tabi ol-

mıyacağı reyindedir. Misal: Bir kimse vekiline «Kölelerimden birini azad et, ve bana gayrimüslim köle satın alma» diye bir emir vermiş olsa, burada hâdise müttehit değildir. Azad etmek, satın almak gibi ayrı ayrı iki hadise mevcuttur. Binaenaleyh mutlak bir lâfız olan «bir köle» lâfzı, mukayyet bir lâfız olan «gayrimüslim köle» lâfzına tabi olmaz.

İmamı Azam fikrini Kur'an üzerindeki bir mukayesesine istinad ettirmektedir. Mukayeseye esas ittihaz ettiği ayetler, hataen olarak vukua gelen katillerin kefaretine ait «Müslim bir köle azad ediniz» ayeti ile; muayyen bir işi yapmak için yemin eden kimsenin yemininde hanis olması neticesi kefaret olarak köle azad etmesini âmir bulunan ayettir. Birinci ayetdeki «Müslim bir köle azad ediniz» emri celiline mukabil ikinci ayette yalnız «Bir köle azad ediniz» buyrulmuştur. Burada ayrı ayrı ki hadise bahis mevzuu bulunmaktadır. Birisi hataen katil, diğeri yeminini tutmamak hadiseleri. Ancak hükümlerin ikisi de keffaret olması dolayısiyle müttehittir. Ona rağmen, mutlak lâfız mukayyede tabi kılınmamıştır. Hataen Katilde müslim bir köle azad etmek mecburiyetinde bulunan bir kimse, yeminini bozduğu takdirde, dini mevzuubahs olmaksızın her hangi bir köle azad edecektir. Şu halde hadiseler ayrı olduğu ve hükümleri müttehit bulunduğu halde mutlak ile mukayyet vaz'ı aslîlerini muhafaza etmektedirler. İmamı Azama göre; her hal ü kârda mutlak mukayyede tabi olmuş olsa idi, yeminini bozan kimsenin de müslim bir köle azad etmesi lâzım gelirdi. Binaenaleyh, mutlak lâfzın manâsı mukayyet lâfız ile bilâvasıta, veya bilvasıta itmam olunduğu takdirdedir ki, mutlak, mukayyede tabi olur. Misal: «Kölemi satınız, evimde gayrimüslim köle istemiyorum» misalinde olduğu gibi ki cümlenin baş tarafında bulunan ve mutlak olan köle kelimesi, cümlenin ikinci kısmında bulunan gayrimüslim köle mukayyet lâfzına tabi bulunmaktadır.

Mutlak ve mukayyedin hükümleri şunlardır:

1 — Mutlak, ıtlak üzerine cereyan eder. Mutlak bir lâfzın manâsına haricî her hangi bir kayıt sari olamaz.

2 — Mukayyetler, has lâfızlar gibi muayyeniyyet ifade ederler. Ancak, has ile mukayyet arasında şu ince fark vardır: Has lâfız, muhtevî bulunduğu ayırıcı birliği tamamiyle şamil bulunduğu halde, mukayyet

lâfız; birliği tamamiyle şamil bulunmayıp ancak muhtevi bulunduğu kayıtların mantıkî neticelerine göre tahsisi muhtevi bulunmaktadır.

Bir lâfzı mukayyet hale ifrağ eden kayıtlar altı halde mütalâa olunurlar:

1 — Cümlede mevcut mef'ulün tahsisi suretiyle lâfız mukayyet olur. Misal :«Zeydi döğdüm» cümlesinde olduğu gibi. Döğmek kelimesi mutlak bir kelimedir. Ancak bu fiilin mef'ulü bulunan Zeyd kelimesi tahsis edilmiş olduğu için, artık mukayyet olmuş olur. Binaenaleyh tek başına telâffuz edildiği halde mutlak bulunan «döğmek» kelimesi, başkası üzerine teaddi ettiği zaman, yani Zeydi döğmek şekline inkılâp edince mukayyet olmuş olur.

Peygamberin hâdislerinden vereceğimiz şu misal, mukayyet lâfızların söz arasında ifa ettikleri vazifeyi, daha mükemmel bir şekilde anlatacaktır. Hazreti Peygamber «Allah, hile ile yapılan satışları haram kıldı» buyurmuşlardır. Buradaki haram kelimesi Mutlaktır. Hile ile satış kaydı ilâve olununca mukayyet olmuş olur. Binaenaleyh hadîsi şu suretle inkisama uğratırsak daha kolay anlamış oluruz:

Allah Haram kıldı. (Mutlak). Neyi? — Satışı «Bey'i» (Mutlak) — bütün satışlarımı? — Hayır yalnız hiyle ile satışı. (Mukayyet) Binaenaleyh bütün lâfız mukayyet olmuş olur.

2 — Mutlak lâfzı mukayyet kılan illetlerden birisi de zarf edatıdır. Fiilin işlenmiş olduğu sahayı tahdit suretiyle o fiilin muayyen bir mahalde icra olunduğunu göstererek mutlak lâfzı mukayyet kılmaktadır. İşlenmiş olan fiil için, nerede sualine cevap verildiği takdirde, lâfız, mukayyet olmuş olur. Misal: «Zeyd hapishanede tevkif olundu.» cümlesinde mutlak bir lâfız olan «tevkif olunmak» lâfzı, tevkifin nerede icra olunduğunu gösteren hapishane lâfzının ilâvesi ile mukayyet olmuş olur. Bu cümlede şahsın nerede tevkif olunduğunu göstermesi itibariyle hapishane kelimesi zarftır. Diğer misal: (Hadîs) (soğan ve sarımsak yemiş olanlar camiye gelmesinler). Burada da «gelmesinler» mutlak lâfzı« Camiye» zarfının ilâvesi ile mukayyet haline getirilmiş bulunmaktadır. Soğan ve sarımsak yemiş olanlar, cami müstesna olmak üzere her yere girebilirler.

3 — Mutlak lâfız bir sıfat ilâvesi ile de mukayyet olur. Bunun en güzel misaline Kur'anda tesadüf etmekteyiz. Hataen Katilde azad edile-

cek köle hakkındaki ayetde «Müslim bir kölé azad ediniz» denilmektedir. İşte burada «Müslim» sıfatının ilâvesiyle mutlak olan köle lâfzı mukayyet olmuştur.

4 — Hal, tarz, tavır gösteren lâfızların ilâvesi ile de mutlak lâfız mukayyet olur. Misal: «Zeyd ata binerek (râkiben) gitti.» cümlesinde olduğu gibi. Râkiben, Zeydin ne halde gitmiş olduğunu göstermesi dolayısiyle, mutlak olan gitmek fiilini mukayyet hale ifrağ etmiştir. Kezalik «Şahadet eda ederken bizzat kendiniz hali adalette bulununuz» Hadîsinde mutlak bir lâfız olan «edayı şahadet» lâfzı, hali adalette bulunmak lâfzı ile mukayyet hale getirilmiş olmaktadır.

5 — Muzafünileyh olarak muzafa iltihak eden bir kelime de iltihak ettiği muzafı, mutlak iken mukayyet hale getirir. Misal: «Gülün kokusunu duydum» cümlesinde, koku kelimesi muzaf bulunan gül kelimesinin muzafünileyhidir. Binaenaleyh mutlak bulunan koku kelimesi, gül kelimesine muzafunileyh olmakla mukayyet hale gelmiş ve tek bir gülün kokusu manâsını ifade etmiştir. Kezalik «Allah domuz etini (Lahmi Hınzir) haram kıldı» ayetinde de, et kelimesi mutlak iken domuz muzafunileyhinin iltihakı ile mukayyet olmuştur. Ancak, muzafünileyhlerin muzaflarla birleşmesi neticesi mukayyet olmaları kidesi umumi değildir. Muzafunileyhin iltihak etmiş bulunduğu muzaf olan kelime, has bir kelime olupta muzafunileyh âm bir lâfız olduğu takdirde; mutlak mukayyede inkılâp etmez.

6 — Bedel ile de mutlak mukayyet olur. Bütünlük ifade eden bir şeyin veya bir zîruhun yerini tutan kelime ve manâlara bedel (Remplaçant) denir.

Bedel şu dört tarz üzere istimal olunur.

A — Cüz'ün, bütünün yerine ikamesiyle. Misal: (Zeydin) Başını kırdım gibi.

B — Cüz'ün, cüz'ü yerine ikamesi ile. (Zeydin) alnını kırdım, gibi. (Zeyd, bütün. Baş, cüz. Alın, cüz'ün cüz'ü).

C — Mazrufun yerine zarfın ikamesiyle. (Zeydin) elbiseleri çalındı.

D — Bu üç tarzın haricinde bedel ikamesiyle. Yani bütünün yerine cüz, cüz'ün yerine cüz, mazrufun yerine zarf ikamesiyle olmayıp ta bedel ile bedelin yerini tutmuş bulunduğu kelime arasında mevcut başka

bir münasebet dolayısiyle vaki ikamelerde. (Zeydin) tarlasını gördüm gibi.

7 — Tefrik edatları da böyledir. Yukardakilerden farkları yoktur: Zeyd ilmini zenginleştirdi'de olduğu gibi. İlmin zenginleşmesi mutlak bir lâfız iken Zeyde aid ilmin tefriki suretiyle mukayyet hale girmiştir.

Mukayyetlerin hükmü, muayyen bir manâ ifadesidir. Yalnız bu muayyeniyeti yukarda zikretmiş olduğumuz amiller delâletiyle elde etmektedirler.

İKİNCİ KISIM

ÜÇÜNCÜ BAHİS

EMİR VE NEHİY

(Ordre et interdiction)

Molla Hüsreve göre emir, has lâfızlar envaındandır. Binaenaleyh emretmek, muayyen bir işin yapılmasını istemek demektir. Lisanda emir sigasının sebebi vaz'ı da budur. Emirler; mastardan ve ihbariye sigasından bir vazife ve vecibe teşkil eden veya yapılmasına müsaade edilmiş veya yapılması istenilmiş bulunan ef'alin icrası zımnında istimal edilmeleri noktasından ayrılıklar göstermektedir.

Emri veren kimse, emri vermiş olduğu kimsenin mafevki bulunduğunu tasavvur eder ve emri bu suretle verir. Bu suretle verilmiyen emirler, emir sıfatını haiz olmayıp, şeklen emir mahiyetinde bulunsalar da; aslen ya bir niyaz ve duadan, yahut ta bir iltimastan ibarettir. Binaenaleyh emir lâfzının ifade etmiş bulunduğu mananın haricinde kalırlar.

Emretmek selâhiyetini haiz bulunan ve mafevk bir derecede olan bir kimse tarafından sadır olmuş emirler ise bahis mevzuu ettiğimiz (Emir) lâfzı idadına dahildir.

Emrin tarifi: Emretmek selâhiyetinde bulunan kimsenin, emre itaat etmek mecburiyetinde olan kimseden muayyen bir şey istemesidir ki, emrolunan kimse bu işi ifaya mecbur bulunmaktadır.

Arap hukukşinasları, emir bahsinde bir takım ıstılahlar kullanmaktadırlar ki, bunların bilinmesi bahsin anlaşılması için lüzumlu addolunur:

1 — Emreden kimseye Âmir;

2 — Emrolunan kimseye Memur;

3 — Yapılması emrolunan şeye Memurünbih;

4 — Emrin sebeb ve sâikine memurünleh; (Bu sebeb ve saik ya hakikî veya zahirî olur).

5 — Emrin icrasında husule gelen menfaate Memurunileyh; (Emri veren kimsenin böyle bir menfaati tasavvur etmiş olması kâfidir).

Derler. Bu ıstılahlar haricinde emrin sebeb ve saikine sadece sebep; emirden husule gelen neticeye de sadece netice denir.

* * *

Emir ikiye ayrılmıştır. Mutlak emir, Mukayyet emir.

1 — Mutlak emir bir vakit ile mukayyet bulunmıyan, tabiri diğerle verilmiş olan emrin icrası zamanla tahdit edilmemiş bulunan emirlerdir. Efendinin uşağına «Camiye git» diye emretmesi gibi.

2 — Mukayyet emir, icrası zamanı sarahatan veya zımnen bir zamanla tahdit edilmiş bulunan emirlerdir. Yani emredilen şeyi muayyen bir zaman içerisinde ifası meşrut ve mukayyettir. Filvaki bir bakıma göre gerek mutlak, gerekse mukayyet her emrin icrası bir zamana mütevakkıftır. Hiç bir emir yoktur ki icrası zamana mütevakkıf bulunmamış olsun. Ancak mukayyet emirlerin icra ve ifası muayyen muhassas bir zaman ile tahdid olunmuşlardır. Sarahaten mukayyet bulunan emirler, açık olarak tayin edilmiş olan bir müddet içerisinde ifası istenilen emirlerdir. Misal: «Bu gün öğle vakti şu işi yap ve şu yere git» gibi.

Zımnen mukayyet bulunan emirler açık olarak tayin edilmiş bir müddeti göstermiyen emirlerdir. Uşağın «Yarın Camiye gideyimmi» sualine karşı efendisinin «git» emrini vermesi gibi.

* * *

MUTLAK EMİR

Mutlak Emir, emrolunan şeyin mecmuuna şamil bulunmadığı gibi aynı emrin tekrarını da istilzam etmez. Ancak cümle içerisinde, veya

emri mutazammın kelimelerde mecmua sari, veya emrin tekrar olunmasını, veya bir çok kimseler tarafından yapılmasını âmir karineler mevcut bulunduğu takdirdeki emir; mecmua sirayet ederek tekrarı istilzam eder. Misal: Efendi uşağına «Bana et satın al» diye emir etmiş olsa, bu emir, muayyen bir vasfa ve miktara aid ve bir kerreye mahsus bir emir mahiyetinde olmuş olur. Yani uşak bu emri bir kerre icra ederek efendiye muayyen miktarda et satın alır. Miktar gerçi emirde mezkûr değildir. Ancak bu husus, çalıştığı evin âdet ve ananesine âgâh bulunan uşağın idrak hassası ile teayyün etmiştir. Efendi nezdinde çalışan müteaddit uşaklardan birine «et alınsın» emrini vermiş olsa, gine aynı emri vermiş olur. Yani uşak bir kerreye mahsus olarak, vasfı ve miktarı muayyen eti almakla muvazzaf bulunur. Kezalik karısına «nefsini tatlik et» diyen bir koca, talâkın hey'eti mecmuasını, yani talâkı bayin ve talâkı selâse yi değil yalnız sadece talâkı emretmektedir. Peygamberine «Gecenin bir vaktinde teheccüd namazı kıl» emrini veren Cenabı Hak bu emirle, yalnız ve yalnız Hazreti Peygamberi memur kılmaktadır. Hırsızlık yapan kadın ve erkeğin ellerinin (Eydiyehüma) kesilmesini âmir bulunan ayetin kasdettiği mana, hırsızların iki ellerinin değil, birer ellerinin kesilmesidir. Diğer misal: Efendinin uşaklarına «kapı çalındıkça açınız» diye emretmesi, bütün uşakları istihdaf ettiği gibi tekrarda istilzam etmektedir. Zira her kapı çalındıkça kapı açılacaktır. (Ayet) «Kâbeyi ziyaret ve tavaf ediniz» Emri celilinde olduğu gibi, ki, burada Kâbenin ziyaret ve tavafının tekrarı emrolunmuş bulunmaktadır. (Ayet) «Öğle vakitleri namaz kılınız» emrinde de tekrar edilecek bir emir mevcut bulunmaktadır. Zira öğle vakitleri yekdiğerini takip edeceğine göre, bu teakup neticesi namazlar da tekerrür edecektir.

Emrin zamanı icrası İslâmiyette ihtilâfı efkâra sebebiyet vermiştir. Emir, fevren icra edilmelidir. Fevr kelimesinin ifade ettği manâ, emrin itası ile icrası arasındaki zaman mefhumunu ortadan kaldırmaktadır. Bu husus münakaşaları mucip olmuş ve efkâr tahalüf etmiştir. Hanefîlere göre, eğer ayrıca bu husus işaret edilmemiş ise, emrin itası ile beraber ifası meşrut değildir. Hanefîler bu reylerini, öğle namazının zamanı icrası hususuna istinad ettirmektedirler. Zira öğle namazının, güneşin semti re'se geldiği zaman kılınması mecburiyeti yoktur. Halbuki emir öğleye aittir. Öğle namazı ise, ikindi namazı yaklaşıncaya kadar olan bir müddet içerisinde kılınabilir. Öğle namazı için verilen bu müsaade-

nin sebebi, güneşe, tam semti re'ste iken ibadet eden Mecusilerin ibadetinden tefrik olunmak içindir.

Öğle namazının zamanı için vaki bu temdit müsaadesine istinad eden hanefîler, verilen emrin aksine bir sarahat mevcut bulunmadığı takdirde, fevren icrasına kail bulunmamaktadırlar.

MUKAYYET EMİR

Mukayyet emir altı nev'e ayrılır:

Birinci nevi: Bu nevideki kayıt, yapılması emrolunan hususun icrasını zamanla takyit etmektedir. Aynı zamanda bu zamanla takyid keyfiyeti; yani şu zamanda icra olunacaktır diye koşulan şart, emrin ifasını vacip kılan sebebi de teşkil etmektedir. Tabiri diğerle emrin icrası için gösterilen zaman, hem bir kayıt hem de memurünlehdir. Misal: «Öğle vakti namaz kılınız» emrinde olduğu gibi ki, bu emir, mukayyet bir emirdir. Zira, öğle namazı kılınması emrinin zamanı icrasını göstermektedir. Gösterilen bu zaman, namazın zamanı icrasını göstermesi itibariyle, namazı içine alan bir zarf olduğu gibi; öğle namazı kılınması hususundaki emrin zahirî olarak sebebini de teşkil etmektedir. Zira, bu emrin hakiki sebebi Kur'anın öğle vakitleri namaz kılınmasını emretmiş bulunmasıdır.

Bu nev'e dahil emrin hükümleri şunlardır:

1 — Bu suretle mukayyet emir telâkki eden bir kimse evvelemirde gösterilen zaman içerisinde o emri ifa için «Niyet» edecektir. Misal: Öğle namazını kılmak emrini ifa edecek kimse, evvelemirde gösterilen zaman içerisinde öğle namazını kılmak için niyet etmek mecburiyetindedir.

2 — Emrin ifa edilmiş olduğu zaman, emirde işaret edilen zamana uygun ve mutabık bulunmalıdır.

İkinci nevi: Bu emirleri takyit eden:

A — Zamanı icra ve zamanı imtidat kat'î bir ölçü ve kat'î bir işaretle tayin edilmiş bulunmaktadır ki, buna «Miyar» denilmektedir. Miyar, bir alet ismidir ki sıhhatle tartı ve ölçüleri gösterir. İşte bu nevi emirler o suretle miyar olunmuştur ki ne imtidat olunabilir, ne de kısaltılabilir.

B — İta edilen emrin bu zaman içerisinde ıcra ve ifa edilmiş olması lâzımdır. Misal: Ramazan ayı gibi. Ramazan ayı haricinde de oruç tutulabilmekle beraber, orucun mecburî bir emir şeklinde ifası zarurî olan kısmı, ramazan ayının imtidadı esnasındadır. Binaenaleyh dinî bir vecibe olarak oruç, ancak yekdiğerini takip etmek suretiyle «Ay» mefhumunu tevlid eden ramazan ayının günlerine mahsus bulunmaktadır.

C — Bu nevi emirlerde zaman, ifası vacip olan emrin bir sebebini teşkil etmektedir. Misal: Ramazan ayı, oruç vecibesinin ifa olunacağı müddet miyarını gösterdiği gibi, bu emrin kaydını da ihtiva eylemektedir. Bundan başka oruç vecibesinin sebebini de yine ramazan ayı teşkil eder.

Bu nev'e dahil emirlerin hükümleri ikidir.

1 — Kat'i olarak tayin olunmuş olan bu müddet içerisinde yalnız emredilmiş olan husus icra olunarak, mümasili bir emir icra edilemez. Misal: Razaman ayı içerisinde oruç tutulması emredilmiştir. Binaenalehy bir kimsenin ramazan ayına aid günlerden birisinde öğleye kadar emredilmiş bulunan orucu tutması, ve öğleden akşama kadarda nafile oruç tutması caiz olamaz. (Nafile oruç, fazla dindar kimselerin ramazan haricinde de fazla sevaba nail olabilmek için tuttukları oruca denir). Bu suretle oruca niyet eden müslümanın esas orucu da, yani mecburî olan vazifesi de ifa edilmiş olmaz.

Bu hükmü hukukînin, icrası muayyen zamanlar için emredilmiş olan sair ibadetlere müteallik hükümlerle alâkası yoktur. Bütün ramazan günleri emredilmiş olan orucu tutmakla mükellef bulunan müslim, aynı zamanda muayyen vakitler için emredilmiş bulunan namazlarını kılmak, zekâtını vermek mecburiyetindedir.

2 — Bu nev'e dahil emirlerin icrasında, emri icra edecek kimsenin zaman tayini suretiyle evvelden niyet etmesi şart değildir. Zira, emrin icrasını içerisine alacak olan zamanın, yani zarfın; ikinci bir emri muhtevasına almasına imkân mevcut değildir. Misal: Öğle namazının zamanı icrası güneşin semti re'se gelmesi ile, ikindiye karip bir zaman arasındadır. Öğle namazından evvel nafile namazı kılmak isteyen müslim, bu namazı niyet ederek pekâlâ kılabilir. Halbuki ramazan ayı içerisinde

ertesi günü oruç tutacağına niyet etmiş bulunan kimsenin, yarın şu saatten şu saate kadar oruç tutacağım diye niyet etmesine lüzum yoktur. Zira, oruç için muayyen olan zaman içerisinde, oruca müşabih bir vecibenin, bilfarz nafile orucun edasına esasen imkân mevcut değildir.

Üçüncü nevi: Bu nevide zaman; emredilen husus ile bu hususun icrasına aid şartın zarfı olup, bu emri vacip, yani mecburi kılan bir sebebi değildir. Misal: Güneşin semti re'se gelmesinden itibaren ikindiye karip bir zamana kadar öğle namazını kılmak mecburiyetinde bulunan bir kimsenin, bu müddet içerisinde istediği zamanda namazını eda mecburiyetinde olması gibi. Bu vakit geçince artık edada bulunamaz. Kezalik «filân gün filân saatte fukaraya şu kadar dirhem sadaka olarak dağıtmak vaadinde bulunan kimsenin» hali gibi. Bu her iki misalde de zaman; yapılacak işin şartı ve zarfı halindedir. Filân gün filân saatte fukaraya şu kadar sadaka vereceğini vaad eden kimse, niyetini tadil etmeksizin, tayin ettiği gün ve saatten evvel, bilfarz sokakta giderken fukaraya aynı meblâğı tasadduk etmiş olsa, bu tasadduk keyfiyeti o kimsenin vaadetmiş olduğu filân gün ve filân saatteki sadaka yerini tutmuş olmaz. Yapmış olduğu vaadin şahısta tevlit etmiş bulunduğu vecibe devam eder. Zira burada zaman, yapılacak işin zarfı ve şartı olup sebebi değildir. Buradaki sebep zamana aid olmayıp, şahsın sadaka dağıtmak için vaki niyetine bağlı bulunmaktadır. Hulâsa, buradaki vermiş olduğumuz misallerde, vakit, namazın zarfıdır. Ve namaz vaktin mazrufudur. Vakit, namazı içerisine almaktadır. Namazın o zamanda kılınması lâzımdır.

Bu nev'e aid emirlerin hükmü hukukîsi, emri alan kimsenin o emri icra için gösterilen zamanın haricine çıkamamasıdır.

Dördüncü Nevi: Bu nev'e dahil emirlerde vakit, emrin icrasının şartı ve miyarıdır. Ramazandan hariç bir günde oruç tutmağa niyet eden müslümanın halidir. Niyet edilen o gün vaadedilen orucun şartı ve miyarıdır. Miyarıdır: Zira, oruç için muayyen olan ve mevsimine göre teayyün eden saatlarda vaadedilen oruç tutulacaktır. Şartıdır: Tayin etmiş bulunduğu günde o kimse vadetmiş olduğu orucu tutacaktır.

Bu nev'e aid emirlerin hükmü, nafile olarak niyet ettiği orucu tutan müslümanın, oruca mümasil bir emri aynı zamanda ifa edememesidir.

Beşinci nevi: Bu nevi emirlerde vakit, icra edilecek emrin yalnız

miyarını teşkil etmektedir. Kefaret orucunda olduğu gibi. Bu kabil emirlerin sebebi Kur'anda şartı ise, orucu tutacak kimsenin iradesindedir.

Bu nevi emirlerin hükümleri şunlardır:

1 — Daha evvelden böyle bir emrin icrası için niyet edilmesi şarttır. İcra edeceği emir için o kimsenin, daha evvelden niyette bulunması lâzımdır.

2 — İcrası emrolunan husus hakkındaki vecibe, sabit bir halde bir kimsenin üzerinde hayatının sonuna kadar tesirini icra etmekte devam eder. Misal: Ramazanda meşru bir şekilde orucunu bozan bir kimse, o oruç yerine ramazan haricinde başka bir gün oruç tutmakla mükelleftir. Bu mükellefiyeti icra için filân ayın filân günü olarak niyet edip te bu niyyetini icra edemezse, vecibe; hayatının sonuna kadar devam etmek suretiyle o kimsenin üzerinde vacip olarak kalır.

3 — Bu nevi emirleri icra eden kimsenin, muayyen bir zaman içerisinde bu emri ifa mecburiyeti bulunmamasıdır.

Altıncı nevi: Bu nevi emirlerde zaman, bir taraftan zarf, diğer taraftan ise yapılacak emrin miyarı mahiyetindedir. Misal: Haccın üç aylarda (Şevval, Zilkade, Zilhicce) icra olunması gibi; ki üç aylar bir taraftan hac vecibesinin zarfı, diğer taraftan da bu aylar zarfında yapılması dolayısiyle miyarıdır. Zarfıdır: Zira, hacca gidecek kimsenin bu üç aylar zarfında hac için yola çıkması ile bu vecibeyi ifa ve ikmal edip te avdet edinceye kadar geçen vakit, hac vecibesini içerisine almış bulunmaktadır. Miyarıdır: Zira bu müddet zarfında hac vazifesini ifa eden müslüman, aynı müddet zarfında bir ikinci defa aynı vecibeyi ifa mecburiyetinde bulunmamaktadır.

Bu nev'e dahil emirlerin hükmü, bu nevi emirleri ifa edecek kimsenin, zamanı ifayı tayinde bütün ömrü müddetince serbest bulunmasıdır. Bu hüküm İmamı Azamın reyidir. İmamı Muhammede göre ise de, hac üzerine vacip olan kimse, uzun müddet bu vecibeyi ifayı tehir edemez. İmamı Ebû Yusuf ise haccın üzerine farz olması için lâzım gelen şartları haiz bulunan, yani sıhhati ve kudreti maliyesi müsait olan müslümanın, bu imkân tahassül eder etmez, hac farizasını ifa eylemesi reyindedir.

NEHİY

(İnterdiction)

Nehiy, bir işin icrasından evvel o işin icra edilmemesi için vaki kat'î bir taleptir. (Talebi Katı,) Nehiy, emir siğası ile ifade olunur. Emir siğasının menfî şeklidir.

«Yapmayınız» denir. Bu siga ekseriya, yapılması memnu bulunan, yani haram olan hususları ifade ettiği gibi, «Mekruh» bulunan hususları da ifade ettiği vakidir. Misal: Hazreti Peygamber bir hadîsinde «İçinizden hiç birisi ayakta olarak su içmesin» diye buyurmuştur. İşte bu hadîs mekruh olan bir fiili nehiy suretiyle göstermektedir.

Nehiy, istihdaf ettiği fiilin derhal terkedilmesi zaruretini tevlit eder. Kezalik bu terk keyfiyetinin tekerrür ve temadisi de nehiy lâfzına dahildir. Misal: «Karılarınızın adet zamanı hitam buluncaya kadar onlara yaklaşmayınız» da olduğu gibi. Görülüyor ki nehiy, bir fiilin icrasından istinkâfı âmir bulunmaktadır.

Nehyi emirden tefrik eden husus neticeleridir. Binaenaleyh emrin envaına tatbik olunan kaideler, nehiy hakkında da caridir. Zira nehiy bir fiilin icra edilmemesi için vaki bir emirden başka bir şey değildir. Bilfarz «Zina etmeyiniz» da olduğu gibi ki, nehyi tazammun eden sarih bir emirdir ve zina yapılmasını men etmiştir.

Kaide: Kanunun emrettiği ve ferdi vecibedar kıldığı bir fiilin aksinin ifası, yani emredilen şeyin vücuda getirilmemesi «haram»ı teşkil eder. Kelâmullah bulunan «Muayyen namazları eda ediniz» emri celilinde olduğu gibi ki, buna muhalif hareket, yani bu vecibeyi hiç bir suretle ifa etmemeyi âmir bir husus taayyün ve tahakkuk ettiği takdirde, emri ilâhinin husulü imkânsız bir hale girmiş bulunur. «Namaz kılmayınız» tarzında bir ihtara bütün insanların riayet etmesi, namazın hiç bir suretle kılınmamasını intac eder. İşte bu suretle menfi bir emirden husule gelecek olan netice mutlak surette haramı (Hörmet) vücûda getirir. Zira böyle bir emir, emri ilâhiyi tamamiyle ortadan kaldırmaktadır. Halbuki emri ilâhinin aksine hareket hususu, emri İlâhiyi ve netayicini tamamen ortadan kaldırmadığı takdirde, sadece mucibi kerahat bir hareket olmuş olur. Bilfarz Hazreti Peygamberin bir kimseye namazı tarif

ederken «Secdeden başını kaldırdığın zaman diz çök, tekrar secde et» emrinde olduğu gibi ki burada secdeden kalkınca diz çökmek emrine ademi riayet, ancak mekruh bir hareket teşkil etmiş olur.

İKİNCİ KISIM

(MEBAHİSİ MÜŞTEREKE)

DÖRDÜNCÜ BAHİS

EDATLAR. (HURUF)

(Des Particules)

Edatların tetkiki bahsi, Kur'anla Sünnet arasındaki müşterek bahislerden dördüncü bahsi teşkil etmektedir.

Edatlar üçe münkasemdir.

1 — Atıf edatları. (Hurufu Atıf)

2 — Kelimelere muzafunileyh şekli vermek suretiyle gayri sarih mef'ul haline koyan cer edatları. (Hurufu Cer)

3 — Şart edatları (Hurufu Şart)

ATIF EDATLARI

(HURUFU ATIF)

(Des Particules attributives)

Atıf edatlarının adedi ondur: Ve, Fe, Sümme, Hatta, Ev, Lâkin, Bel, Em, İmma, Lâ.

Bu edatlardan birisini takip eden kelimeye matuf denir. Bu edatlardan birisine tekaddüm eden kelimeye de matufunaleyh denir.

Hukuk ilmini alâkalandıran ve hukukî bakımdan kıymet ifade eden atıf edatlarının adedi altıdır:

1 — Ve. Bu edatın manâsı hususunda iki fikir mevcuttur. Hanefî mezhebine göre ve, münhasıran tam ve mutlak bir şekilde, matuf

olan kelimeyi atfolunan kelimeye birleştirmek vezifesini görmektedir. Bu birleştirme ameliyesi üç tarzda vukua gelir:

A — Ve edatının kendinden sonra gelen kelimeyi faile muzaf kılması hali. Msal: «Zeyd alim ve kâtiptir.» de olduğu gibi ki ve edatı alim ve kâtip sıfatlarını cümlenin faili bulunan Zeyde muzaf kılmaktadır.

B — Ve, matuf ile kendisine atfolunan kelime ve cümleyi vuku veya subutta cemeder. Misal: «Zeyd kâtip ve Amr fakîhtir» de olduğu gibi. Burada ve edatı iki cümleyi bir birine bağlamaktadır. Kâtip ve fakîh sıfatlarının her ikisi de sabit birer haldir. Matuf olan cümle ile kendisine atfolunan cümledeki fakîhlik ve kâtiplik halleri, aynı derecede sabit ve vaki hallerdir ki bir birine bağlanmaktadır. Binaenaleyh ve edatı ile bir birine bağlanmış olan iki cümle Zeydin ve Amrin kâtiplik ve fakîhlik sıfatlarının aynı derecede sabit bulunduğunu ve bu sıfatlara aynı derecede malik bulunduklarını göstermektedir.

C — Ve edatının hükümleri bir birine raptetmesi, bağlaması hali. «Zeyd ve Amr Alimdirler» cümlesinde olduğu gibi ki neticei hüküm olan âlim sıfatı Zeyd ve Amre birlikte izafe edilmiş, yani her ikisinin de alim bulunduğu hükmü iki şahısta birleştirmiştir. Diğer misal: (Ayet) «Kadın ve Erkek hırsızların elleri kesilir». Burada da kadın ve erkek hırsızların, hırsızlığa mahsus ceza hükmünde birleştikleri, yani bu hükmün kadın ve erkeklere tatbik olunacağı görülmektedir.

Ve edatına dair ikinci fikir, Şafiîlere aittir. Bunlar bu edatın münhasıran birleştirme, rabıt vazifesini gördüğünü kabul etmekle beraber, aynı zamanda bu edatın tekaddüm, teehhür ve mukareneti gösteren bir tertip vazifesi ifa ettiğine de kaildirler. Bunlara göre ve edatı matuf olan lâfız ile bu lâfzın kendisine atfedildiği lâfız arasında bir birleştirme vazifesi görmektedir. Fakat bu birleştirmeyi ifa ederken aynı zamanda matuf ile atfolunan arasında bir takaddüm ve teehhür tertibi vücuda getirmekte, ve böylelikle bu iki kelime veya cümlenin ifade ettikleri manânın haricinde, üçüncü bir manâ daha ifade eden bir üçüncü cümlenin vücuda gelmesine sebeb olmaktadır. Misal: Uşağına «Çarşıya git ekmek ve et satın al» diye emreden efendinin emrinde olduğu gibi ki. efendi burada uşağına evvelemirde ekmeği ve onu müteakipte derhal eti satın almasını etretmiş bulunmaktadır. Bu iki manânın haricinde

vücuda gelen üçüncü manâ ise, uşağın ekmeği aldıktan sonra hiç bir iş görmeden derhal eti satın alması keyfiyetidir. Diğer misal: (Ayet) «Başınızı ve ayaklarınızı meshediniz.» Şafiîlere göre baş meshedildikten sonra, hiç bir tevekkuf anı olmadan derhal ayağın meshedilmesi aksi takdirde abdestin sahih olmıyacağı anlaşılmaktadır. Halbuki Hanefîlere göre bu iki muamele arasındaki tevakkuf, ebdesti ifsad etmemektedir.

2 — Fa, Arapçada bu edata (Fayı takip) denir. Matuf, atfedildiği şeyi müteakip derhal yapılmalıdır. Misal: Efendinin uşağına «pazara git filân şeyi aldıktan sonra derhal (Fa.) Avdet et» emrinde olduğu gibi. Diğer Misal: (Ayet) «Zâni ve zâniyeden her biri derhal (Feclidu) yüz deynek vurulmak suretiyle cezalandırılsınlar.» İşte buradaki vurulsun manâsına olan «Feclidu» deki «F» harfi zina fiilinin sübutunu müteakip bu cezanın derhal infaz edileceğini göstermektedir. Binaenaleyh bu ceza sübuttan evvel icra olunamıyacağı gibi, sübutu müteakip te infazı tehir olunamaz.. Sübutu müteakip, ceza derhal infaz olunmıyarak tehir edildiği takdirde, «Fa» edatının mevcudiyeti muvacehesinde o cezanın artık infaz edilememesi lâzım gelmektedir. Zira «Fa» sübutu müteakip derhal infaz olunmağı göstermektedir. Bu hususta bütün mezhepler müttefik bulunmaktadırlar.

3 — Sümme (Sonra). Bu edat hakkında Hanefîlerde rey ihtilâfı mevcuttur. İmamı Azama göre, bu edat derhal intikali göstermekte ve atfolunan kelime veya fikirlere ancak bir tekaddüm hassası bahşetmektedir. Bir birine raptettiği fikirlerin hepsinin icrası lâzımdır. Bir adam karısına «Filân eve gider isen boşsun, sonra yine boşsun» demiş olsa sümme edatı olan «Sonra» yine boşsun sözü ile iki talâkın birden tahakkuk ettiği anlaşılır. Yani sümme edatı kadının bir talâk ile değil, iki talâk ile boşanmış olduğunu bir anda isbat etmiş olur. İki talâk aynı zamanda sabit olmuş olur. İkinci talâkın husulü için, bir zaman tefrikine; az veya çok bir zamana intizar olunmaya ihtiyaç yoktur.

Diğer iki imama göre (İmameyn) ise sümme ile ayrılan talâkların zamanı arasında bir fark vardır: Terahi. Binaenaleyh o eve giren kadın ancak bir talâk ile boş olmuş olur. Diğer misal: (Ayet) «Sümme enzuru - sonra bakınız» Bu ayet Ashabı kehfe aid surede bulunmaktadır. Mağarada yıllarca uyuduktan sonra uyanıp, içlerinden birini şehre göndererek «Bizi arayıp aramadıklarını öğrendikten sonra (Sümme) bize yiye-

cek al» talimatını vermişlerdir. İmameyn'e göre şehre gönderilen kimse kendilerinin aranıp aranmadığını öğrenecek, aranmadıklarını görünce yiyecek tedarik edeceklerdir. Yani «Sümme» ile ayrılan kısmın birincisini ifa ettikten ve bu cihet menfi netice verdikten sonra ikinci kısım emri ifa edecektir. İmamı Azama göre ise gönderilen kimseye yekdiğerini takip eden iki ayrı emir verilmiştir. Her iki emir de aynı ehemmiyeti haizdir. Binaenaleyh birisinin icrası, diğerinin mevcudiyet veya ademi mevcudiyetine mütevakkıf değildir. Her iki emrinde derhal intikal ettirilmesi bahis mevzuudur. Gönderilen kimse aranıp aranmadıklarını öğrenmeye mecbur olduğu kadar, yiyecek almağa da aynı derecede memurdur. Bu tarz izah, bize daha mantıkî görünmektedir.

4 — **Bel. (Fakat, ancak, bilâkis)** Bu edatın manâsı hakkında ittifak mevcuttur. Söz söyleyen kimse «Bel» (Fakat, ancak, bilâkis) edatı ile sözünü ayırdığı takdirde, sözünün bu edata takaddüm eden kısmındaki fikrinden vazgeçtiği, bu edattan sonra gelen söz kısmında yeni bir fikir ortaya koyduğunu anlatmış olur. Karısına «Benden boşsun fakat (Bel) iki talâkla boşsun» diyen kocanın beyanı gibi ki birinci cümle karısının adî talâkla boş olduğunu göstermekte «Bel - Fakat» ile ayrılan ikinci cümlede sözü söyleyen, birinci fikrinden vaz geçerek karısının iki talâkla boş olduğunu izah suretiyle birinciden başka, yeni bir fikir beyan etmektedir. Binaenaleyh «Bel» edatı ile yeni bir vaziyet husul bulmakta. kadının iki talâkla boşanmış olduğu hususu tahassül etmektedir.

Kur'anda **Bel** lâfzı ef'ali beşeriyeye aid hadiseler anlatılmak veya Cenabı Hakka mahsus hikmetler zikredilmek istenildiği zamanlarda kullanılmıştır. Ekseriya, ilâhî bir hikmet zikredildikten sonra bu ilâhî hikmeti ef'ali beşeriyeye rabt hususunda istimal olunmaktadır. Bilfarz Cenabı Hakkın hikmetlerinden bulunan Cennetin güzellikleri ve zevkleri tadat edildikten sonra «Fakat (Bel) sizler yer yüzündeki hayatı tercih edersiniz» denilmektedir. Tabiri diğerle, ilâhî mertebeler dünyevî mertebelerle karşılaştırılmak, bir birine tekabül ettirilmek için kullanılmaktadır.

5 — **Lâkin** (Bununla beraber). Bu edatın manâsı hakkında da ittifak mevcuttur. Sözün ilk kısmında mevcut olması muhtemel bir hatanın, bir şüphenin önüne geçmek için, bu edatla ayrılan sözün ikinci kısmında yapılan tembihi ifade eder. Başka bir deyimle istidrak hassasını

her hangi bir hatadan arî kılmak için kullanılır. Misal: Uşağına «Pazara giderek et al lâkin keçi eti almamağa dikkat et» diye emreden efendinin emrinde olduğu gibi ki «Lâkin» edatı ile ayrılan edatın ikinci kısmında uşağın istidrâk hassasının her hangi bir suretle hataya düşmemesi önlenilmek istenilmektedir.

6 — Ev (Yahut). Bu edatın manâsında da ittifak vardır. Muhayyerliği (tahyir) ifade eder. Misal: (Ayet) «Yemininizin keffaretini on fakiri doyurmak, yahut (Ev) giyindirmekle ödeyiniz» de olduğu gibi ki yeminini bozmuş olan kimse keffaretini ödemek için on fakiri doyurmak ve giyindirmekte muhayyer bırakılmıştır.

CER EDATLARI

(HUHUFU CER)

(Particules Créant relation du génitif)

Bu edatların adedi üçtür:

1 — Ba (ile). İltisakı gösterir. Fiili diğer bir fiile iltisaka, birleşmeye sevkeder. Gayesi; bir fiilin diğer bir fiille birleşerek tek bir fiil haline gelmesini temindir. Uşağına efendisinin «münhasıran iznim (ile) dışarı çık» demesi gibi ki uşak, her dışarı çıkışında efendisinden izin almak mecburiyetindedir. Tabiri diğerle uşak, «Dışarı çıkma» fiilini «izin alma» fiili ile birleştirerek tek bir, fiil haline koymaya mecburdur. Diğer misal: (Ayet) «Başınızı elinizle meshediniz» gibi ki mesih fiili el ile yapılmak fiiline iltisak etmiş, tek bir fiil haline gelmiştir.

2 — Alâ (Üzerinde). Bu edat bir şeyin bir diğer şey üzerine konulmak suretiyle o şey üzerinde bir saha istilâ etmiş olduğunu göstermektedir. «Alâ» edatının baş tarafına geldiği kelime, istilâ edilmiş ve istilâ edenin mesnedini teşkil etmiş olur. «Amr, divanın üzerine (Alâ) oturdu» gibi ki, istilâ ve işgal olunan yer, divandır. Divanı Amr istilâ ve işgal etmiş olduğu için divan, Amrin mesnedi olmuştur.

3 — İlâ (...ye kadar). Bu edat, sahanın intiha ve gayesini gösterir. Bu intiha ve gaye hususunda birbirine muhalif iki kabul tarzı mevcuttur:

Birinci kabul tarzı: İntiha manâsı, saha manâsının içerisine dahil bulunmakta, yani sahanın en son noktasını göstermektedir. Gaye, İntiha bu sahanın son noktasını teşkil eden hudut demektir. Sahanın son noktasını teşkil eden, kat' olunması lâzım gelen bir saha, bitirilmesi lâzım gelen bir iş; kat' olunmuş ve bitirilmiş addolunmak için bu hududu, yani gayeyi de içerisine almak lâzımdır. Misal: «Pazara kadar (ilâ) gittim. Cümlesinde pazar kelimesi, gaye ve haddi teşkil etmektedir. Binaenaleyh son nokta olan pazar; gitmek fiilinin içerisine dahil bulunmaktadır.

Had, gaye ihtivanın muhtevasına dahil olabilmek için, cümlenin başında bulunan ve arapların «sadrı kelâm» dedikleri kelimenin (İlâ) mefhumuna mugayir bulunmaması, yani had manasını ifade etmesi lâzımdır. Bundan başka sadrı kelâmı teşkil eden kelimenin, imtidad ifade edebilecek kabiliyette bulunması lâzımdır. Misal: «Eceltü ilâ şehrin - bir aya kadar mühlet verdim» de olduğu gibi. Burada (ilâ) edatı ile gösterilen had ve gaye, ihtivanın muhtevasına dahildir. Ayın son günü, ay mefhumunu teşkil eden günlerin içerisine dahil bulunmaktadır. Zira sadrı kelâm olan ve mühlet vermek manasına gelen «Eceltü» lâfzı imtidad manasını muhtevi bulunmakta, icrası ile beraber nihayet bulacak bir manâ ifade etmemektedir. Kezalik ilâ edatından sonra gelen ay kelimesi, bu imtidad manâsını daha sarih bir surette meydana çıkarmaktadır. Binaenaleyh ayın son gününün verilmiş olan mühlete dahil bulunduğu cümlenin manâsından tamamiyle aşikâr bulunmaktadır. İlâ edatının bu tarzı kabulü aynı zamanda Kur'anda Mevcut bir ayete de istinad etmektedir. Misal: (Ayet) «Ellerinizi dirseklerinize kadar yıkayınız» burada sadrı kelâm olan kelime, «el» kelimesidir. «El» lâfzı mefhum itibariyle elin parmaklarının ucundan başlayıp dirseğe kadar imtidat etmektedir. (El, Aya, said, dirsek, kol, omuz) Şu hale nazaran «el» kelimesi imtidad kabiliyetini haiz bulunmakta, ve binaenaleyh dirseğe kadar uzanmakta olmasına göre dirseği de ihtiva etmesi lâzım gelmektedir. Yine bu kaideye göre abdestin tam bir sıhhat içerisinde alınmış olması için, dirseğin yıkanmış olması lâzımdır. Esasen bu hususu başka bir noktayı nazardan daha mütalâa etmiş ve her türlü şüpheden azade olmak için, abdestte dirseğin yıkanmasının lüzumlu bulunduğunu yukarıki bahislerde bildirmiştik.

İkinci kabul tarzı: Bu tarz kabule göre had, yani gaye sahaya dahil değildir. Bu halin husul bulması, yani gayenin sahaya dahil bulunmaması için, sadrı kelâm olan kelimenin manâsı itibariyle imtidad kabiliyetini haiz bulunmaması lâzımdır. Misal: Bir kimse bir ahbabına «Ben ölünceye kadar evimde meccanen oturunuz» demiş olsa «ilel mevt» lâfzı imtidad kabiliyetini göstermemektedir. Ölüm kelimesinin imtidad ifade etmemesine nazaran, o kimsenin evde ikameti ölüm halinde nihayet bulacaktır. Zira ölüm ile esasen hayat nihayet bulmuş olacaktır.

ŞART EDATLARI

(HURUFU ŞART)

(Particules conditionnelles)

Bu edatların adetleri ikidir.

1 — İn (Eğer). Bu edat müsbet veya menfi ihtimali mevcut bulunan şüpheyi ifade etmektedir. Misal: «(Eğer) söylemiş isem, sen bilirsin» de olduğu gibi. İki şık (Şıkkeyn) ihtimali olan yerlerde bu edat istimal olunur. Misal: (Ayet) "İçinizden birisi Ramazan ayında eğer hasta olur (yani sıhhatte bulunduğundan şüphesi olursa) (İn) ve eğer (İn) sefere çıkacak ise orucunu başka bir güne bıraksın.» Burada bahis mevzuu olan kimse iki hal muvacehesinde bulunur. Yani hastalık veya sıhhat ihtimalleri karşısında olan kimsedir. O kimse kendisini tam sıhhat halinde görmemekte, ve daha büyük bir hastalığa yakalanmak şüphesi içerisindedir. Bu halde bulunan bir şahıs başka bir gün, yerine tutmak şartiyle, o gün orucunu bozabilir.

2 — İza (Ozaman ki, ne vakıt ki.) Bu edatın manâsı hususunda Hanefiler arasında ihtilâf mevcuttur. İmamı Azama göre İza'nın vaz'ı sebebi, zarfiyyeti ve şartiyyeti ifade içindir. İza'yı takip eden kelime, iza kelimesinin zarf ve şartını ifade eder, İmameyne göre ise, iza münhasıran zarfiyyeti ifade eder. Misal: "Bir kimse karısına ben seni tatlik etmeşem dahi sen boşsun izâ lem utalik keenti talikün» demiş olsa İmamı Azama göre kadın boş olmaz. Zira izâ edatı zamanın zarfı halindedir, bütün boşadığım müddet zarfında demektir. Ayni zamanda yine bu edat, bir şartı da ifade etmekte; şu şartlaki seni boşamış olmıyayim diye bir

şarta talik etmiş bulunmaktadır. Bu sözü söylemiş olan, koca, ömrünün sonuna kadar boşama fiilini ika edebilir. Ve böylelikle şart tahakkuk ederek boşanma keyfiyeti vukua gelebilir. Başka bir deyimle, kocanın vazetmiş olduğu şart, ancak kendisinin hayatının sonuna kadar kıymet ifade eder. Zira hayatın sonu ile talâk ihtimali de ortadan kalkmış olur. Ölümünden evvel ise yaşadığı müddetin her an saniyesinde koca karısına «Boşsun» sözünü sarfedebilir ve bu söz ile kadın derhal boş olmuş olur. Zira «Tatlik etmesem dahi» deki şart, tatlik ile ortadan kalkmış bulunur. Kadın boşanma akibetinin husulünden ancak kocasının ölümü ile kurtulmuş bulunacaktır.

İki imama göre ise (İmameyn) İzâ edatı yalnız zarfiyeti ifade eder, şartı ifade etmez. «Ben seni tatlik etmesem dahi sen boşsun» sözünde, koca boşsun sözünü söylememiş olmasa dahi bir müddet sonra kadın boş olur.

Diğer bir misal: (Hadîs) «İçinizden birinin ne vakit ki (İzâ) abdesti bozulacak derecede burnu kanarsa, eliyle burnunu kapatarak mescidi terk etsin.» Bu hadîsteki izâ İmamı Azama göre zarfiyeti ve şartı ifade etmektedir. O zaman içerisinde yani burnu kanaması esnasında ancak eli ile burnunu kapatmak suretiyle mescid terkolunabilecektir. Şart ise, abdesti bozulacak şekilde mescid dahilinde burnun kanaması keyfiyetidir.

İki imama (İmameyn) göre ise, bu hadîste şart ifadesi mevcut olmayıp münhasıran zarfiyet ifadesi mevcuttur. Abdestin bozulduğu zaman mefhumu içerisinde ne suretle hareket olunacağı gösterilmektedir. Abdestin bozulmuş olması keyfiyeti, bir şart olmayıp camiden çıkma hareketinin sebebidir. Binaenaleyh bu iki zata göre «İzâ» edatı ile ifade olunmuş bu Hadîsi Şerif mealinden; abdest bozulmadan dahi, her hangi zaruri bir iş için camiden çıkmak lâzım gelindiği takdirde, kanıyormuş hissi verilmek suretiyle burnun el ile kapatılarak çıkılması lâzım olduğu manasının çıkarılması icap etmektedir.

İKTİZA EDATLARI

(HURUFU İKTİZA)

(Particules De necessité)

İki nevidirler:

1 — Belâ, Beli (Evet). Mutlak bir şekilde tasdiki ifade ederler.
2 — Neam (Evet.)

Bu edatların manası sadrı kelâm olan kelimedeki keyfiyetin, onu takib eden diğer kelimelerde mevcut bulunduunu ifade etmektir. Bu keyfiyet ya müsbet veya menfi bulunur. Belâ mutlak bir surette müsbeti ifade etmektedir. Sadrı kelâm olan kelime, sübutu, nefyi veya şekki (Şüphe) ifade etmiş olsa dahi belâ; bu kelimenin ifade ettiği sübut, nefiy veya şekkin mutlak surette müsbet bir şekilde mevcut bulunduğunu ifade eder. Binaenaleyh belâ ile sadrı kelâm olan kelimenin ifade ettiği keyfiyet, mutlak bir şekilde sabit bir nass halinde mevcuttur. Misal: «Dostunuz değilmiyim» cevap: «Şüphesizki evet» de olduğu gibi.

Neam, sadrı kelâm olan kelimenin şeklini yani o kelime ne şekilde bulunursa o hali takibetmek suretiyle keyfiyete cevap verir. Eğer sadrı kelâm olan kelime, müsbet bir keyfiyeti ifade ediyorsa, neam ona müsbet olarak; menfi bir keyfiyeti gösteriyorsa, menfi olarak cevap teşkil eder. Misal: «Pazara gittin mi» sualine «evet gittim», «pazara gitmedin mi» sualine ise cevap olarak «evet gitmedim» gibi. Diğer misal: Cenabı Hakkın ruhlara hitabı (Ayet) «Elestü birabbiküm. - Ben sizin Rabbiniz değilmiyim» Ruhların cevabı: «Belâ - Evet sen bizim Halikimizsin». Bu ayette ben sizin rabbiniz değilmiyim suali menfî şekilde bir sualdir. Ruhlar bu hitabı izzete, neam şeklinde cevap vermiş olsa idiler, sadrı kelâm olan kelimenin keyfiyetini takip edeceğine göre, cevap menfi olmuş olurdu.

İşte edatların hukuk ilminde ifade etmiş oldukları manâlar bunlardan ibarettir. Mahkemeler bu edatlara vermiş olduğumuz izahata göre kıymeti hukukiye atfederler. Bu edatların manayı hukukîlerine izafe edilmiş bulunan kıymetler, İslâm hukukunun her bahsinde olduğu gibi, Kur'an ile sünnetten istihraç edilmiş bulunan kaidelere göre verilmiş bulunmaktadır.

İKİNCİ KISIM (MEBAHİSİ MÜŞTEREKE)

BEŞİNCİ BAHİS

BEYAN

(De la déclaration explicative)

Arap hukukşinasları «beyan» lâfzı ile, Kur'an ve Hadîste mevcut olup manâları itibariyle açıklanmak lüzumunu hissettiren metinlerin tasrih ve aşikâr kılınması için müracaat olunan vesaikin hey'eti mecmuasını kasdetmektedirler.

Beyan lâfzının arapça lügat manâsı bir nesneyi fasih bir şekilde bildirmek demektir. Gerek Kur'an ve gerekse Hadîste mevcut ibareler esasen bu tarife uygun bir şekilde fasahati haizdirler. Yani gerek Kur'an ve gerekse Hadîsteki elfaz ve manâ, müslümanlara ef'ali beşeriyenin haiz bulundukları hükümleri ve bu hükümlerin ifade eylemiş bulundukları güzel (Hüsûn), Çirkin (Kubuh), doğru ve yanlış mefhumlarını tam bir fasahatle bildirmiş bulunmaktadırlar.

Hukuk tabirî olarak beyan; bir hükmü başka bir hüküm ile açıklamaktır. Burada bahis mevzuu olan hüküm, Kur'an ve hadîste mevcut bulunan hükümlerdir. İşte bu hükümlerin Kur'anda mevcut ise, bilâhare nazil olmuş olan diğer bir hüküm ile; Hadîste ise, Hazreti Peygamberin bilâhare söylemiş olduğu sözler, hareketler veya tasvibi ifade eder sükûtu ile açıklamasına beyan denilmektedir. Misal: Hazreti Peygamber «Hac farizesini benim yaptıklarımı tekrarlamak suretiyle ifa ediniz» buyurmuştur. İşte bu bir hükümdür. Bilâhare hac merasimi için bizzat kendilerinin ifa etmiş bulunduğu merasim, hac farizasının ne suretle ifa olunacağını izah ve beyan eylemek suretiyle birinci hükmün anlaşılmıyan hususlarını açıklamıştır.

Beyan yukardan beri gördüğümüz elfazın bütün nevileri ile yapılabilir. Yalnız, muhkem ve müteşabih lâfızlar bu kaidenin istisnasını teşkil ederler. Zira muhkem lâfızlarda, yukarda tariflerini yaparken de söylemiş olduğumuz gibi, beyan ve tefsire müsait bulunmıyan lâfızlardır. Müteşabih bulunanlar ise, esasen manaları ancak Cenabı Hak tarafından bilinen lâfızlar olduğu için beyan olunmalarına imkânı maddî mevcut değildir.

* * *

Beyan, söz söyliyen kimsenin, söylediği sözleri açıklamak lüzumunu hissettiği zaman söylediği sözlerdir. Bu ihtiyacı, söz söyliyen kimse, sözlerinin tamamiyle anlaşılması için bizzat kendisi hisseder.

Beyan, üç yol ile yapılır:

1 — Söz ile. Misal: «Beyi', âkitlerin yani bayi ile müşterinin iradelerinin yekdiğerine lühuku ile husule gelir.» Cümlesinde olduğu gibi ki «Âkidlerin» lâfzını takip eden yani «bayi ile müşteri» lâfzı âkitlerin kimlerden ibaret bulunduğunu göstermekte, bu hususu açık bir şekilde beyan etmektedir.

2 — Hareket ile: Hazreti Peygamber Ashaba «Traş olunuz» demiş ve sükût etmiş idi. Ashap bu emrin neye matuf bulunduğunu anlayamamışlardı. Kendileri bizzat saçlarını kestirince, verilen emrin neye matuf olduğunu anlamış ve ona ittibâ etmişlerdir. İşte burada Hazreti Peygamberin bizzat saçlarını kestirmesi hareketi, hareket tarzı ile beyandır.

3 — Sükût ile. Hazreti Peygamberin kendisine sorulan suallere veyahut Ashabın görülen hareketlerine karşı sükût ile mukabelede bulunması, zımnî bir muvafakat teşkil etmektedir, ki bu da beyanın sükûtla vaki olan kısmını göstermektedir. Misal: Benî Kureyza kalesinin muhasarası esnasında mancınık imali için keresteye ihtiyaç hasıl oldu. Peygamber kereste ihzar edilirken meyveli ağaçların kesilmemesini emretti. Muhariplerden birisinin yabani bir armut ağacını kestiğini gören Ömer, huzuru Peygamberîde bu muharibi tekdir etti. Muharip, kestiği ağacın yabani armut olduğunu, meyvelerinin yenilemiyecek derecede acı bulunduğunu söyledi. Peygamber muharibin bu beyanı muvacehesinde sükûtu ihtiyar buyurdu. İşte Peygamberin bu sükûtu bir «Beyan» telâkki edilerek yabani meyve ağaçlarının ihtiyaç halinde kesilebileceği neticesine varıldı.

* * *

Beyan beş nev'e ayrılmaktadır.

1 — Doğrudan doğruya beyan (Takrir)
2 — Tefsir yolu ile beyan (Tefsir)
3 — Tağyir yolu ile beyan (Tağyir)
4 — Neticeyi mantıkıyye olarak beyan (Zaruret)
5 — Başka bir lâfzı ikame suretiyle beyan (Tebdil)

Doğrudan doğruya, lûgat manâsına göre beyan; zihni beşerin her hangi bir lâfzı tevsi etmeksizin aslî manâsı ile idrak etmesidir. Misal:. (Ayet) «Yerde yürüyen, gökte kanatla uçan hayvanatın rızkını Allah verir» Ashap, Kuş (Tair) kelimesine tevsi yolu ile, uçan bir kuş gibi seri yürüyen hayvan manâsını da vermekte idiler. Binaenaleyh ayetteki «Kanatla Uçan» lâfzı kuşun doğrudan doğruya lûgat manâsını ifade eden bir beyandır. Artık zihni beşer, bu beyan muvacehesinde kuş kelimesini tevsi suretiyle başka bir manâ anlayamaz. Tabiri diğerle kuş âm lâfzında kuş kadar seri yürüyen hayvanlara verilmiş bulunan has lâfız manâsı anlaşılamaz. Diğer misal: (Ayet) «Meleklere, Ademe secde etmelerini söyledik. Bütün melekler (Hepsi birden) secde ettiler.» İslâm dinine göre melekler bir çok kısımlara ayrılırlar. Cenabı Hak, emrinin meleklerin yalnız bir sınıfı tarafından icra olunmuş bulunduğu fikrini önlemek için ayette «Hepsi birden» secde ettiler, diye buyurmaktadır. İşte burada da «Hepsi birden» lâfzı ile bu lâfzın ifade etmekte bulunduğu aslî lûgat manâsı ile beyanda bulunulmuştur.

Tefsir yolu ile beyan (La déclaration par annotation). Anlaşılması müşkil, müphem mücmel ve müşterek olan lâfızları aydınlatmak için kullanılır. Müphem olanların aydınlatılmasına misal: (Hadîs) «Hırsızın elini Allahın emretmiş olduğu şekilde kesiniz». Bu hadîs ikinci bir hadîsle tefsir yolu ile beyan yapılmak üzere, aydınlatılmış bulunmaktadır. İkinci hadîs şudur: «Çalınmış olan malın kıymeti 20 dirhemden noksan bulunduğu takdirde hırsızın elini kesmeyiniz». Müşkil lâfızların beyan yolu ile açıklanmasına misal: Vahiy esnasında Cebrailin tebliğatı bazan çok uzun olurdu. Peygamberi azimüşşan bu tebliğatı unutmamak için, acele acele Cibrîlden aldığı gibi tekrar, eder, yorulurdu. Bu hal üzerine kendilerine şu ayet nazil oldu: (Ayet) «Ya Muhammed, Cibrîlin tebliğatını tekrar edeceğim diye acele etme, tebliğatı dikkatle dinle. Unutacağından da korkma. Zira bunu sana tebliğ eden biz olduğumuz gibi, unutturmıyacak ve izah edecek olanda yine biziz.»

Burada hangi tebliğatın izah edileceği hususu müphem bulunduğu için sonradan nazil olan bir ayetle bu ipham izah edilmiş, Cibrîlin yapmış olduğu tebliğatdan izah edilmelerine lüzum görülenlerin izahı hususuna Cibrîl mezun olmayıp, bu hususun ancak Allaha aid bulunduğu tefsiri beyan suretiyle açıklanmıştır.

Mücmel lâfızların beyanları: (Hadîs) «Zekâtınızı veriniz» Zekât

mücmel bir lâfızdır. İlk şekillerde iyilik yapmak gayesi ile verilen ianeye denilmekte idi. Bilâhare diğer bir hadîsle bu mücmel lâfız izah ve beyan olunmuş bulunmaktadır. O hadîs de şudur: «Menkul mallarınızın öşrünün dörtte birini (Yüzde iki buçuk) zekât olarak veriniz»

Müşterek olan lâfızların beyanına misal: Boşanmış olan kadınların üç âdet müddetince evlenemiyeceklerine mütedair ayeti yukardaki bahislerde zikretmiş idik. Bu ayette zikri geçen «Kuru'» kelimesinin müşterek lâfızlara misal olarak vermiş ve bu kelime hakkında Peygamberin. Ayşeye verdiği cevabı bildirmiştik. Bu misali aynen burada da tekrar ederiz.

Tağyir yolu il beyan: (Déclaration modifiante) Birinci cümle veya kelime ile ifade edilen fikrin ikinci cümle veya kelime ile hemen açıklanarak, muktezasının değiştirilmesi ve gayenin ikinci cümle veya kelime ile söylenilen söz bulunduğunun anlatılmasıdır. Bu suretle her iki sözde bir birini tamamlıyarak bir bütün teşkil ederler. O suretle ki, aralarında zahiren mevcut olan mübayenetten eser kalmaz. Misal: (Ayet) «Kâbeyi ziyaret, bütün müminlere borçtur; Şu şartlaki, seyahat edebilecek kudret ve halde bulunsunlar» birinci cümle bütün müminleri Kâbeyi ziyarete mecbur kılmaktadır. Bunu hemen takip eden ikinci cümle bütün müminlerin bu mecburiyetini tağyir ederek ancak kudretli ve hali müsaid bulunanlara mecbur kılmaktadır. Her iki cümlenin manâsı bir «bütün» teşkil ederek sarih bir manâ ile, şeriatin tayin etmiş olduğu şartları haiz bulunan müminlerin Kâbeyi ziyaretlerinin mecbur bulunduğunu beyan etmektedir.

Neticeyi mantıkiyye zarureti olarak beyan: (La déclaration Produite Par une nécessité logique) Misal: (Ayet) «Çocuğun mirasından ebeveynin hissesi ananın üçte bire sahip olmasıdır» denilmektedir. Bu ayette ebeveyni teşkil eden anadan bahsolunmuş, baba meskût bırakılmıştır. Ebeveyn tabiri ana ile babaya aid bulunduğuna ve üçte bir de anaya aid olduğuna göre üçte ikinin de babaya aidiyeti, bir neticeyi mantıkıyye zarureti olmuş olur.

Tebdil suretiyle beyan: Misal: (Ayet) «Zina eden yaşlı erkek (Şeyh) ile yaşlı kadın (Şeyhuhe) recmolunsun (Taşlansın).» Bu ayetle konulan hüküm, başka bir ayetle tebdil edilmiş bulunmaktadır. Bu hükmü tebdil eden ayette zani ile zaniyenin (gayrimuhsin ve gayrimuhsi-

ne) yüz değnek ile cezalandırılacağı bildirilmektedir. Bu ayette zani ile zaniyenin yüz değnek vurulmak suretiyle cezalandırılacağı, hususu, hiç bir tefrike tabi tutulmamıştır. Yegâne koymuş olduğu fark, zani ile zaniyenin cemiyet içerisindeki mevkilerine, yani şeref ve haysiyet sahibi bulunmamalarına, (gayrimuhsin) olmalarına aiddir. Şu halde birinci olarak zikrettiğimiz ayetteki zani ile zaniyenin yaşlı olmaları kaydi. bunların cemiyet içerisinde haiz bulundukları mevki ile tebdil olunmuş bulunmaktadır. Binaenaleyh yaşlı oldukları takdirde, dahi zani ile zaniye, bu ikinci ayete göre recmedilemiyeceklerdir.

Tebdil sureti ile **beyanın en mühim hükmü**, tebdil etmiş bulunduğu hükmü feshetmesidir.

* * *

BEYANIN HÜKMÜ

Beyan, umumiyetle açıklamış bulunduğu hükmü riayet olunması mecburî bir hale koymaktadır.

Doğrudan doğruya manâsı itibariyle beyanın hükmü, açıklamış bulunduğu metne sahih ve kat'î bir manâ vermesidir. O metnin artık her hangi teşmil edilmiş bir manâya alınmasına imkân yoktur.

Beyan edilen lâfız, âm bir lâfız olduğu takdirde bu âm lâfzın artık tahsisi bahis mevzuu olamaz. Beyan has bir lâfza aid bulunduğu takdirde, bu has lâfzın tamimine de imkân kalmaz.

Tefsir yolu ile beyan, bütün şek ve şüpheleri kat'î bir şekilde izale etmiş olur.

Tağyir yolu ile beyan, ilk önce vaki bir lâfzın manâsını tebdil ederek, asıl gaye olan lâfzın manâsına sevkeder.

Tebdil yolu ile beyan, beyan ve izah etmiş olduğu lâfzın manâsını feshederek yerine beyan ile vaki olan hükmü ikame eyler.

Hazreti Peygamberin tefsir yolu ile beyanları tek bir şahit tarafından intikal ettirilmiş olsa dahi, Kelâmullahı açıklamak evsafını haiz bulunmaktadırlar.

Bütün beyanlar, hukukan arzetmiş olduğumuz bu esaslara istinaden kıymet iktisap ederler.

* * *

BİRİNCİ FASLA EK

ŞER'Î DELİLLER VE ASILLAR

Delil ve asıllar İslâm Teşri Usulünün (Usulü Fıkıh) en mühim fasıllarından birini teşkil eder. Her ikisi de kıymetlerini bu delil ve asılları teşkil eden, ve cümle içerisinde bulunan lâfızlardan alırlar.

Okuyucuya İslâm Hukuku mevzuatında mevcut hukukî lâfızlar hakkında buraya kadar oldukça malûmat arzetmiş bulunmaktayız. Kezalik gerek Kur'anı ve gerekse Hadîsi açıklamak, manâ vermek için lüzumlu usullerden de okuyucuya malûmat vermiş vaziyetindeyiz. Binaenaleyh delil ve asıl bahsini daha selâhiyetle tetkik etmek imkânı hasıl olmuş bulunmaktadır. Usulün bu mühim kısmı, noktayı nazarımıza, göre, bu bahse tekaddüm eden beş bahis hakkında malûmat edinilmesine mütevakkıftır.

Delil ve asıllardan gerek kitabın methal kısmında ve gerekse daha başka yerlerde uzun uzadıya bahsetmiş ve asıl ile delil arasındaki farkları misallerle izaha çalışmıştık. Ana menbalardan istihraç edilmiş olup ef'ali beşeriyeye aid bir hükmü şer'iyi isbata hâdim her cümle ve kelimenin; bu isbat vazifesini her hangi bir karineye ihtiyaç hissettirmeden, veya her hangi bir hukukî mesaiye ihtiyaç göstermeden ifa etmesi takdirinde «Delil» ünvanını almakta bulunduğu hususundaki izahatımızın bir kerre daha hatırlanmış bulunması yerinde bir hareket olur. Yine ana menbalardan istihraç edilmiş olup ta, başka delillerin yardımı olmaksızın, veya her hangi bir hukukî mesaiye ihtiyaç göstermeksizin isbat kabiliyeti bulunmıyan delillerede «Asıl» ismi verildiği hatırlardadır. Bu tefrik tarzı hususunda okuyucunun bir kerre daha dikkat nazarını celbetmeyi ve bu tefrikin bir an gözden uzak bulundurulmamasını, bu iki tarz delilin anlaşılması bakımından faideli addetmekteyiz.

ŞER'Î DELİLLER

(Des Preuves légals)

Hukukşinasların istimalleri noktayı nazarından deliller, iki nev'e ayrılmaktadır. Delil, kanun tanzimine yaradığı, kanun tanzimi esnasında kendisinden istifade olunduğu takdirde «Şer'î delil» ünvanını alır. Mahkemelere arzolunan mes'elelerin hallinde müracaat olunan delillere ise «Adlî delil - Preuves judiciaire» denir.

A: ŞER'Î DELİLLER.

Şer'i delillerin her birisi başlı başına bir menba teşkil ederler. Zira bu deliller, ana menbaların birer «cüz'ü» olup bu menbalardan istihraç edilmiş ve bir çok hükümlerin teessüsüne hadim olmuşlardır.

Şer'î deliler iki sınıfa ayrılırlar:

1 — Lâfızları itibariyle delil teşkil edenler. (Delâili Lâfziyye - Preuves terminologique)

2 — Manâları itibariyle delil teşkil edenler. (Delâili maneviyye - Preuves démontrant Par le sens)

I — LAFZÎ DELİLLER

Lâfzî delillerin kudret ve kıymetlerini tesbit edecek kimsenin iki şartı haiz olması lâzımdır: A — Bu delilleri ifade eden lisanın hakkıyle bilinmesi. B — İslâm Hukukunu teşkil eden elfaz bahsine tamamiyle vukuf. Misal: «Beyi' mütekabil iradelerin yekdiğeri ile tam bir surette telâhuku suretiyle teşekkül eder» delilinde, bu delilin kudret ve kıymetinin anlaşılabilmesi için, hükmü teşkil eden lâfızlara verilen manâyı tam ve kusursuz bir şekilde bilmek lâzımdır. Misali, hakiki ve canlı bir surette izah edebilmek için yukardaki cümlenin arapça metnini tetkik etmekliğimiz lâzımdır. Bu cümlenin arapçası aynen şöyledir: «İnnemel bey'ü anil terazin.» «İnne» şüphesiz muhakkak demektir. «ma» bu şey, bu manasınadır. Terazin, Tefaül babından arapça fiildir. Bu fiilin iki babı, mufaele ve tefaül babları müşareketi ifade eder; meselâ, mukatele iki kişinin bir birini öldürmek için yaptıkları mücadele, mesai demektir. Kezalik tefaül babı da yine böyle iki kişi arasında, aynı kıymet ve mahiyette fiilî iştiraki gösterir. Rıza; muvafakat, mutabakat demektir. Yukardaki cümlede, rıza kelimesi tefaül babından olarak terazi şeklinde beyan edilmiştir. Böylelikle rızanın yalnız her iki âkidin müşterek ve yekdiğerine müsavi kıymette olan iradelerinin telâhuku değil; aynı zamanda müşterek ve yekdiğerine müsavi kıymette bulunan beyi' akdinin bilumum anasırı teşekküliyesini, tabiri diğerle bu akdin karşılıklı bilumum fiillerinin bir birleriyle telâhuku lüzumu ifade olunmuştur. Âkitlerin iradelerinin bu tesiratı, anî, yekdiğerine müsavi ve müşabih ve her türlü şek ve şüpheden arî, mutlak bir şekilde yekdiğerine telâhuk etmiş olmalıdırlar.

Görülüyor ki, yukarda beyi' tarif eden cümledeki bütün manalar,

kelimelerin lâfızlarının delâlet etmiş bulunduğu manaya istinad ettirilmiş, başka bir deyim ile bu tarif, kelimelerin lâfzî kıymetleri istimal olunmak suretiyle vücude getirilmiştir.

2 — MANEVÎ DELİLLER (ASIL)

Bu nev'e dahil delillerin de istimal edilebilmeleri için bu delillerin kudret ve kıymetlerinin tesbit edilmiş olması zarureti mevcuttur. Bu hususu temin için: 1 — Bu delillerin (inzalindeki) esbab ve sevaikin, 2 — Bu delillerin ne gibi ahval dolayısiyle kesbi mevcudiyet etmiş bulunduklarının, 3 — Kanun vazının delil vasıtasiyle elde etmek istediği gayenin, 4 — Delillerin aralarında mevcut münasebetlerle, bu münasebet dolayısiyle bir delilin diğer delil üzerinde ne dereceye kadar müessir bulunduğunun tetkik edilmesi lâzımdır. Kezalik, her delilin inzal tarihinden itibaren teessüs etmiş bulunduğu hukukî ve adlî ahkâmında kat'î surette bilinmesine zaruret mevcuttur.

Bu beş keyfiyetin deliller üzerinde tatbiki suretinin bir misal ile izahı faydalı olacaktır: Kanun, hırsızın sağ elinin kesilmesini amir bulunmaktadır. Bu hükmün Kur'andan istihraç edilmiş olması, sıhhatini ispata kâfidir. Kur'an, gerek kadın, gerek erkek sârikin çaldığı mala mukabil "Bimakesebe" elinin kesilmesini âmir bulunmaktadır. Bu emri ilâhî, ilk bakışta erkek, kadın her hırsızın elinin kesilmesi lâzım olduğunu âmir gibi görülmektedir. Halbuki şimdi vereceğimiz izahat ile meselenin hiç te öyle bulunmadığı görülecektir. Kur'andan aynen istihraç edilmiş bulunan bu şer'î delili hırsıza tatbik etmeden evvel, mezkûr delilin kudret ve kıymetinin ne olduğunu tesbit etmek lâzımdır. Bu neticeyi elde etmek için de yukarda zikretmiş bulunduğumuz keyfiyetin tetkikine girişmek iktiza etmektedir. Bu tetkike giriştiğimiz takdirde şu neticeleri elde etmiş oluruz.

1 — Hırsızlık fiilini alâkadar eden bu hükmü Kur'anın «inzal» sebebi, hırsızlık fiilinin cezasız bırakılmamasını temin içindir.

2 — Hükmün illeti, bu asırda hırsızlık ef'alinin mebzul miktarda bulunmuş olmasıdır.

3 — Gayesi, hırsızlık suçlarına nihayet vermektir.

4 — Hüküm, çadırlı ordugâhtan bir muharibin kalkanının çadırından çalınması keyfiyeti üzerine nazil olmuş bulunmaktadır.

Menabii araştırdığımız takdirde, bu hükmün insan ef'ali icraiyesini tavsif için esas ittihaz edilen «Kasd»e istinat ettirilmiş bulunduğunu görmekteyiz: (Her fiil kasde göre, tavsif olunur) tabiri diğerle her fiil, o fiili icra eden kimsenin kasıt ve niyetine göre kıymet iktisap eder. Yine ayni menabide, Hazreti Peygamberin hareket tarzından tahassül etme diğer bir kaideye tesadüf etmekteyiz. Peygamber, düşmandan alınmış bulunan ganaimden bir para çalan bir askerin elini kesmemiş, dayak cezası ile tecziye etmiştir. Zira bu asker düşmandan alınmış olan ganaimde kendi hissesi de mevcut bulunduğunu ve binaenaleyh bahis mevzuu nesneyi bu hakka istinaden almış bulunduğunu iddia etmekte idi. Binaenaleyh çalmak kasıt ve niyeti, sarahat ve kat'iyetle anlaşılamamakta idi. İşte bu hal cezanın tahfifini istilzam etmiştir. Peygamberin diğer bir hadîsinde de (Ancak bir kalkanın kıymeti kadar, kıymeti haiz olan eşya için hırsızın elini kesiniz) sözlerine tesadüf etmekteyiz. Bu kıymet, yirmi dirhemin fevki olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Binaenaleyh yukarda zikrettiğimiz ayet ile, Hazreti Peygamberin tatbik şekli ve hadîsi bir arada mütalâa olunduğu zaman, şu netayici elde etmiş oluruz: 1 — Hırsızlık kasıt ve niyetinin sarih ve kat'î surette ispat edilmiş olması. 2 — Hırsızlık kapalı bir yerden ika edilmiş bulunmalı. 3 — Çalınmış olan şeyin kıymeti bir kalkan kıymetinin dununda bulunmaması. Ancak bu üç halin tahakkukundadır ki elin kesilmesi lâzım gelmektedir. Dahası var: İslâm içtihadı hukukîsi kat'î surette teşekkül ettiği zaman hırsızın elinin kesilmesini âmir bulunan emri ilâhi, yalnız iradei ilâhiyeyi tecelli ettiren bir emir olması itibariyle, riayet edilmesi mecburî telâkki edilmekle beraber, ancak diğer delillerin inzimam etmesi suretiyle tatbik sahasını bulabilmiştir. Adlî bir delil olan bir emri peygamberî bir fiilin ancak haysiyet sahibi iki müslim erkeğin (rical) şahadetiyle sabit olabileceğini bildirmektedir. Bu emri peygamberîye istinaden hukukşinaslar hırsızın el kesme cezasına mahkûm edilebilmesi için, yalnız el kesmeye müteallik ayetin nüzulüne sebeb olan çadır gibi kapalı bir yerden sirkatin ika edilmesini, kasıt ve niyetin sarih ve kat'î surette sübutu ve bu kasıt ve niyetin hak alma veya mesruk malda hak iddia etme gibi hususlara istinat etmemiş bulunması gibi keyfiyetleri kâfi addetmemiş; ayni zamanda, sarih ikrar mevcut bulunmadığı takdirde yukarda söylenilen hususların haysiyet sahibi iki müslim erkek tarafından şahadet edilmek suretiyle ispat edilmiş olma-

sını da lüzumlu addetmişlerdir. Bu dört şarttan birisinin ademi mevcudiyeti veya zayıf bir şekilde mevcut bulunması, el kesme cezasının tatbikına mani teşkil etmektedir. Zira, bu şeraitten birisinin noksanı halinde şirkat cürmü, vazıı kanunun istihdaf etmiş bulunduğu (vehamet) vasfını gayıp etmektedir. Bu şeraitten birinin noksanı veya zayıf bulunması halinde el kesme cezası tatbik olunduğu takdirde, Allahın nass halinde mevcut bir emri sarihine muhalif hareket edilmiş olur. Zira Cenabı Hak vehamet arzeden ceraimin sübutları hususunda en küçük bir şüphenin dahi izalesini emretmekte, ve izale keyfiyeti icra olunmadan bu kabil ceraimin tecziye olunmamasını irade eylemektedir. «idreû hudûde bişübehat-vahamet arzeden ceraimin sübutu hususunda şüpheyi izale ediniz.»

Hırsızın elinin kesilmesini âmir bulunan emri ilâhiyi; Hazreti Peygamberin hareket hattiyle tesbit etmiş bulunduğu bu hususa mütedair kaideleri, şüphenin izale edilmesini âmir bulunan ve bir nass teşkil eden Kelâmullahı birlikte nazara alan hukukşinaslar; hırsızın elinin kesilebilmesi için hırsızda çalmak kasıt ve niyetinin şüphe götürmez şekilde teşekkül etmiş olmasını; bu hareketin bir hak alma veya bir hak iddiası gibi cihetlere müteveccch bulunmamasını, ve çalınan şeyin kıymetinin asgarî bir kalkan kıymetinde olmasını lüzumlu addetmişlerdir. Bundan başka çalınan şeyin kapalı bir mahalden alınmış olduğunun da iki erkek şahit tarafından şahadetle ispat edilmiş olması lâzımdır. El kesme şeraitinin adeta muhal olacak derecede ne kadar müşkül bulunduğu şu izahatımızla anlaşılmaktadır. Binaenaleyh el kesilmesine müteallik emri ilâhiyi, Hazreti Peygamberin tatbik şekillerine, ve şüpheye mütedair kelâmullahı göz önünde bulunduran; İslâm Hukukunun bu cihetlerine bi hakkın vakıf bir hâkimin el kesme cezasına çok nadir, çok istisnaî ahvalde müracaat edeceği kendiliğinden anlaşılmış olur.

Bütün bu izahattan sonra, hırsıza el kesme cezasının tatbikinde başka bir keyfiyet daha vardır ki ondan da bahsetmek yerinde bir hareket olur. Bütün bu şeraitin tahakkukundan sonra malı çalınmış olan şahsî hak davacısı hâkim huzurunda yukardaki şartlar dairesinde hırsızlığı isbat ederek hırsızın elinin kesilmesini talep ettiği takdirde, hırsızın eli kesilir. Ancak, şahsî hak davacısı, el kesilme dolayısiyle bütün şahsî hakkını kaybeder. Artık şahsî hakkını, yani çalınan malın be-

delini istemek için hırsız aleyhine hukukî bir metalibede bulunamaz. İmamı Azam bu kaideyi (eli kesilen hırsız, çalınan malı zamin olmaz) vecizesiyle ifade etmiş bulunmaktadır.

Bu izahatı ita ettikten sonra, hırsızın elinin kesilmesini âmir bulunan ayete uygun bulunan delâili mantıkıyyenin bu emri nasıl bir tatbik sahasına intikal ettirmiş bulunduğunu, formül halinde tesbit imkânı hasıl olmaktadır:

1 — Hırsız malı, o mala temellük etmek gayesiyle ve o gayeyi vücude getirecek mütekaddim kasıt ve niyet ile kapalı bir mahalden çalmış bulunmalı; bu çalınan malın kıymeti asgarî yirmi dirhem bulunmalı ve hırsız, malı bir hak iddiası veya hak alma şeklinde almamış bulunmalı.

2 — Şirkat asgarî iki erkek şahidin şahadetile sübuta varmış bulunmalı. İşte bu ahvalin tahakkuku halindedir ki, sârikin eli kesilmesi lâzım gelir.

Gerek bu misalin izahı ve gerekse daha yukarda vermiş olduğumuz tariften anlaşılacağı veçhile, manevî deliller (asılları) teşkil etmektedirler. Yani bu kabil deliller, isbat kabiliyetlerini bir takım mesaîi fikriye ve diğer delillerin ianesiyle iktisap etmektedirler. Yekdiğerinin ianesiyle delillerin isbat kudretini ne suretle iktisap etmiş olduğunu yukardaki misal ile izah etmiş bulunmaktayız. Böylelikle İslâm Hukukunun bir çok mesailini halle yaramış olan (asıl) ların da mahiyetleri anlaşılmış olmaktadır.

ADLÎ DELİLLER

(Preuves judiciaires)

Bu nevi deliler üzerinde fazla durmayacağız. Bu deliller hâkimin taraflardan iddialarını tevsik için talep etmek mecburiyetinde bulunduğu delillerdir. Hukukşinasların da mesaîi teşriiyelerinde bu delillerin bazılarından istifade ettikleri vakidir.

Adlî deliller beş nevide mütalâa olunabilirler.

1 — Maddenin bizatihi vücude getirdiği deliller. Bu kabil deliller öyle varlıklardır ki, mevcudiyetleri kendi kendilerinin varlıklarını isbat ile meydana çıkar. Bu delillere (mevaddı ayniye) tesmiye olunur.

İnsanda mevcut müdafaa sevki tabiîsi gibi. Misal: Hâkim huzuruna çıkan kimsenin kendisini müdafaa etmesi sevki tabiîsi icabıdır. O şahısta mevcut sevki tabiînin mevcudiyetini isbata lüzum yoktur. Bu sevki tabiî bizzat kendi kendisini isbat etmektedir. Kezalik, huzuruna gelen kimseden hâkim, sevki tabiîsi mevcut bulunup bulunmadığının isbatını isteyemez. Ancak, o şahsın nasıl bir şerait içinde kendi kendini müdafaa etmesi lâzım geldiği hususunu tesbit ile iktifa eder. Maznunun, her hangi bir, itham altında müdafaa sevki tabiîsinin tezahür edeceğini hâkim de bilir. Müdafaa sevki tabiîsi, müdafaa hakkının meşruiyetini gösterdiği gibi, mevcudiyetinin sübutu da bizatihi kendisinde mündemiç bulunmaktadır. Mevzuatı hukukiye bizatihi kendi kendilerini isbat eden bu kabil delilleri de başka delillerin kendilerine istinat etmiş bulunduğu birer menba, birer asıl addetmiş bulunmaktadır. Misal : Hissiyatı diniye insan tabiatında meknuz bir his olup, mevcudiyetini kendi varlığı ile isbat etmektedir. Kanun hissiyatı diniyenin mevcudiyetini, ahar bir delile ihtiyaç hissetmeden kabul eder. Mevzuatı hukukiye hissiyatı diniyeye, insanın inanma ihtiyacına, ve ibadet etmek suretiyle ruhunu halikine i'lâ etme hususlarına kıymet atfederek, bunların üzerine hüküm tesis eder. Şu halde hissiyatı diniye varlığını bizatihi kendisi isbat eden ve muhtelif şekillerdeki ibadet tarzlarını sübuta vardıran bir delildir.

2— Kanunun tesis etmiş bulunduğu deliller. Bunlar, usulü muhakemede mevzu ve muhtelif delillerin toplanmasına mahsus kaidelerden ibarettir. Tamamiyle adlî mahiyeti haizdirler. Hikmeti teşriiye ile alâkaları yoktur. Her hangi bir hâdisenin şahit ikamesiyle isbatı gibi, ki buna adliye lisanında nutuk denir. Misal : Delil ikamesine çalışan iki taraftan birisine iddiasını isbat için hâkimin şahit ikamesini kabul eylemesi gibi. Bilfarz davacı bulunan mülk sahibi, evini kiraya verdiği zaman evin duvarlarında resimler, nakışlar bulunduğu ve kiracının bu tezyinatı imha etmiş olduğunu iddia etmiş olsa da, dava olunan taraf duvarlarda böyle bir nakış ve resimlerin asla mevcut bulunmadığını müdafaatan dermeyan etse, ve bu müdafaasını şahitle isbat eyleyeceğini bildirse, hâkim müdafiin bu talebini kabul ederek duvarların asla resim ve nakışla tezyin edilmemiş bulunduğunun, şahitle isbatını kabul ederek bu hususta şahit dinler. Kezalik müdarebede de böyledir. (Mü-

darebe, İslâm Hukukuna göre, bir şirket aktidir. Şeriklerden birisi ihtisasını, diğeri de sermayeyi koyarak vücude gelir. Bilfarz bir eczacının sanatını, ve diğer sermayedarın da lâzım gelen parayı koymasiyle vücude gelen şirket gibi. İslâm Hukukunda bu nevi şirketlere şirketi müdarebe denir.) Şeriklerden birisi diğer şeriki dava ederek şirketin kâr etmiş bulunduğunu iddia ve diğer taraf da bunun aksini müdafaa etse, hâkim şirketin kâr etmediği hususunun isbatı hakkını müdafie verir.

Vermiş olduğumuz her iki misalde de, hâkimin isbat hakkını müdafie vermiş olduğunu görmekteyiz. Hâkimin bu tarzı hareketi İslâm Hukukunun şu prensibine istinat etmektedir. «sıfâtı arızada asıl olan ademdir». Bu kaideye bina'endir ki, hâkim her iki misalde de isbat hakkını, iddia edilen vaziyetin dununda bulunan, yani o arızî sıfatların - ki duvarların boyanmış olması, şirketten para kazanılmaması halleridir - mevcut bulunmadığını isbat etmek isteyen kimseye vermektedir. Duvarlarda resim ve nakış bulunmaması, eczane şirketinde kazanç hasıl olmamış bulunması halleri, bir mesai sarfı ile bu hallerin vücude getirilmiş olması vaziyetinden evvele ait bulunmaktadır. Nitekim o duvarlar nakış edilmeden evvel resimler mevcut bulunmadığı gibi, şirket kurulmadan evvel kâr mevzuubahis değil idi. Gerek duvarların ve gerekse şirketin şekli evveli, resimden ve kârdan muarra bulunması halidir. Resimler, temettü duvarlara ve eczaneye bilâhare arız olan birer sıfattır. Binaenaleyh bu arızî fiillerde asıl, bunların mevcut olmadıklarıdır.

3 — Şahadet delili. Bu delil Hazreti Peygamberin : (Haysiyet sahibi iki erkeğin şahadetiyle isbat ediniz) hadîsine istinat etmektedir. Şahadetin ne suretle vaki olacağını, ve şahidin haiz olması lâzım gelen diğer vasıflar, kanunun tafsilî bir surette maddelerinde mevcut bulunmaktadır. Umumî vasıf olarak şahadet edecek kimsenin ehliyete sahip, sahibi haysiyet erkek olması ve bunun asgarî nisabının da iki kişi bulunması hususudur.

4 — Karineler. Bu nevi deliller, isbat edilmek istenilen fiilin vücude gelmesi için müracaat edilen, veya husule gelmiş bulunan fiilin netayici bulunan bir takım maddî vakıaları isbata yaramaktadırlar. Bilfarz hiç şahidi bulunmayan bir katil hâdisesinde, bu fiilin husul bulduğunu gösterecek şekilde maznunun elinde kanlı bıçak bulunması, elbi-

sesinde kan lekeleri mevcut olması gibi hallerdir. Karinenin adliye huzurundaki kıymeti, şahadetin dunundadır.

5 — Yemin. İslâm Hukukunda, karinenin daha dununda bir delildir. O kadar ki bir delil olmaktan ziyade, âdeta o şahsı tecrübe, imtihan mahiyetindedir. Taraflardan birisi, diğer tarafın yemin etmesini istediği, ve o tarafa yemin tevcih ettiği takdirde hâkim, o tarafı yemine davet eder. Ancak, kanuna göre, yemin, başka her türlü delilin ademi mevcudiyeti halinde müracaat olunan bir vasıtadır. Hâkim bu vasıtaya ancak; elinde başka bir delili mevcut olmayan, davasını isbattan âciz bir halde bulunan kimseyi adalet huzurundan mutmain bir şekilde ayrılmasını teminen müracaat etmektedir.

* * *

İKİNCİ FASIL

SÜNNET

(De la conduite du prophète)

Bu fasıl bir mukaddime ile beş bahis, bir hâtime ve bir zeyilden ibarettir.

«MUKADDİME»

Sünnet lâfzı ilmî tabir olarak, Hazreti Peygamberden sadır olmuş bulunan bilcümle hususatı muhtevi bulunmaktadır. Peygamberin bilcümle sözleri (Akval), ef'al ve harekâtı (ef'al), tasdiki mutazammın sükûtu (takrir) Sünnet mefhumu içerisine dahildir. Peygamberin hüküm ifade eden sükûtu (takrir) yukardaki bahislerde de bilmünasebe ifade etmiş olduğumuz gibi, müşarünileyhin Ashabdan sadır olmuş olan bir harekete ve yanında Ashabdan birisinin söylemiş olduğu bir söze karşı, sükûtu ihtiyar buyurmuş olmalarıdır. Bu sükût zımnî bir muvafakat olup, Resulullahın, işlenen fiil ve hareketi, veya söylenen sözü ademi tasvib ile karşılamamış bulunduğunu göstermektedir.

* * *

BİRİNCİ BAHİS

VAHİY

(De l'inspiration divine)

Peygamberin ef'al ve harekâtı vahye müstenit bulunmaktadır. Vahiy, iki kısımdır. 1 — Zahir (Apparent). 2 — Batın (Gizli, hafi) "Latent".

Birinci kısım : Vahyi zahir. Üç nev'e ayrılmaktadır. Birincisi

Kur'andır. Bu tarzı vahiy, Hazreti Peygambere Allah tarafından Cebrail vasıtasiyle inzal edilmiş olup, bu evamiri ilâhiye Cenabı Hakkın istimal buyurmuş olduğu lâfızların kelimesi kelimesine ayni olarak Hazreti Peygambere vahiy edilmişlerdir. Peygamber de Cebrailin kendisine tebliğ etmiş olduğu evamiri, ayni kelimelerle, olduğu gibi insanlara bildirmiş bulunmaktadır.

İkinci nevi Vahiy : Yine Cebrail tarafından Hazreti Peygambere, Kalbine ilham edilmek suretiyle vaki evamiri ilâhiyedir. Cebrail vasıtasiyle kalbine ilham edilmiş olan bu evamiri ilâhiyeyi Peygamber, insanlara kendi lisaniyle ifade etmiş bulunmaktadır. Yani bu nevi vahiyler, mealen Peygamberin kalbine ilham edilmiş; bunların elfazı Peygambere ait olmak üzere insanlara tebliğ olunmuştur. Başka bir tabir ile bu nev'e dahil evamiri ilâhiyenin manâları tamamiyle Cenabı Hakka ait olup yalınız kelimeler, Hazreti Peygambere ait bulunmaktadır. Bu kısım vahiylere (Hatîri Melek) denir. Cebrailin emri ilâhiyi Hazreti Peygamberin kalbine ilham etmiş olmasına misal : "Hadîs" (Mukadder zamanı gelmemiş olan kimse, ölmez) gibi. Cebrail vasıtasiyle olmaksızın Cenabı Hak tarafından Peygamberin kalbine ilham edilmiş bulunan evamiri ilâhiye ise, zahirî vahyin üçüncü nevini teşkil eder. Misâl : (Ey dünya, bana hâdim olanın hâdimi ol, sana hizmet edenlere ise, suubet ve felâket yağdırmak suretiyle mukabele et) hadîsinde olduğu gibi.

2 — İkinci kısım : Gizli olan vahiydir. Hazreti Peygamberin içtihat suretiyle tesbit etmiş bulunduğu bilumum ahkâm, bu kısım vahye dahildir.

Bu kısım vahiy için İslâmiyette üç türlü noktai nazar mevcuttur:

Hanefîlere göre, zahirî vahiy haricinde, hüküm tesis etmiş bulunan batınî vahiyler de birer vahiydir. Ancak, Peygamber, vahiy haricinde de bazı içtihatlar edinmiştir. Ve bunlarda beşerî hata olması ihtimali mevcuttur. Nitekim böyle bir hata mevcut bulunduğu halleri Cenabı Hak nass teşkil edecek olan bir emri ile derhal tashih etmiş bulunmaktadır. Misâl : Bedir muharebesinde, müminlerin eline geçmiş bulunan üsera hakkında iki fikir husule geldi. Ebû Bekir, üseranın fidye alınmak suretiyle serbest bırakılması reyini, Ömer ise hepsinin idam edilmesini ileri sürdüler. Peygamber Ebû Bekirin reyini tercih etti. Fa-

kat bu hâdiseyi müteakip (Muharebede esir edilmiş bulunan müşrikleri bırakmak, bir Peygamber için doğru değildir.) mealinde bulunan Ayeti Kerime nazil olarak, Peygamberin hattı hareketi tasvip olunmadı. Ve bu tenbihi ilâhî neticesi olarak Peygamber fikrinden rücu etti.

Kezalik, Şafiî ve Malikî mezhebleriyle İmamı Yusuf ve diğer hâdîs cami'leri de (muhaddisîn) Hazreti Peygamberin vahiy haricinde, yani vahiy mevcut olmaksızın içtihat edindiği tarzı telâkkisinin caiz bulunduğunu kabul etmektedirler. Ebu Hasanel-Eş'arî, Hazreti Peygamberin vahiy olmaksızın, yani vahiy haricinde her hangi bir hüküm tesis ettiğinin, kabulünü gayri caiz addetmektedir. Bu zata göre, Peygamberden sadır olan her türlü fiil ve hareket vahiy neticesidir.

Bu fasılda hadîs kelimesi yerine (haber) kelimesini kullanacağız. Sebebi şudur: Hazreti Peygamberden sadır olan sözler ve ef'al birer hadîsdir. Ancak bu ef'al ile sözleri muamelâta tatbik etmek lâzım olduğu takdirde, buna (haber) demek lâzım gelir. Nitekim birinci fasılda da ayni usul takip olunmuş ve "nazım" itlak olunan Kur'anin kelime, cümle, ve fıkralariyle, Hadîsi Peygamberînin elfazı, muamelâtı beşeriyeyi teşkil eden akitlere tatbik olduğu zaman "nazım" kelimesi kullanılmayarak "lâfız"kelimesi kullanılmıştır.

* * *

İKİNCİ BAHİS

Hazreti Peygambere atfolunan haberler iki nevidir :

Birinci Nevi : Müsnet haberler. Fasılasız olarak şahitten şahide intikal etmek üzere, Hazreti Peygamberin zatına kadar ittisal peyda eden haberlere müsnet haberler denir. Bu haberlerin intikalinde, intikal ettirenler arasında inkıta mevcut değildir. Tarzı intikalleri hiç bir şüphe ve tereddüde mahal bırakmıyacak şekilde malûm bulunmaktadır. Misâl: "Bu haber falandan intikal etmiştir ki, o da falandan, o da falandan, o da tabiinden falandan, o da Ashabdan falandan, o da bizzat Hazreti Peygamberin kendisinden ahzetmiştir".

İkinci Nevi : İntikallerinde fasıla mevcut olan haberlerdir ki. bunlara mefsul haberler denir. Bu kabil haberler, son intikal ettiren şa-

hitten itibaren Hazreti Peygambere kadar, inkıta yapmaksızın çıkamazlar. Başka bir deyimle intikal ettiriciler arasında, intikal zincirini kıran bir boşluk mevcut bulunmaktadır.

* * *

MÜSNED HABERLER

(des avertissements aboutissants)

Üç kısma ayrılmaktadırlar.

Birinci kısım : Bu kısma dahil haberler, yalan söylemelerine aklen ihtimal mutasavver olmayan, ve selâbeti ahlâkiyeleri cümlece malûm bulunan zevatın ittifakiyle intikal ettirilmiş bulunmaktadır. Başka bir deyimle bu haberlerin intikali tevatür ile sabittir. Tevatürün; yalan söylemek hususunda ittifak etmelerini aklın tecviz etmeyeceği bir çok kimselerin, bir hususu nakil etmeleri demek olduğunu yukarıki bahislerde izah etmiş idik. İşte bu kısım müsnet haberler Ashab, Tabiîn ve Tabiîne tabiler taraflarından intikal ettirilmiş haberlerdir ki, gerek adetlerinin çokluğu ve gerekse şahsiyetlerinin İslâm camiasındaki ehemmiyetleri itibariyle, bu zevatın yalan uydurmak veya yanlış bir hususu intikal ettirmek hususunda ittifak etmiş bulunmalarını, aklî beşerin almasına imkân mevcut değildir. Bu kısma dahil müsned haberlere kat'iyyü's-sübut ve kat'iyyü'd-delâle denir. Bir haberin bu kısma dahil olarak intikal ettirilmiş olduğunun kabulü için, üç şartın mevcudiyeti lâzımdır:

1 — Haberin beş hisle idrak olunabilen hususata müteallik bulunması, mücerredatı ihtiva etmemesi lâzımdır. Misâl: Eflâtundan beri bir çok kimseler, dünyanın ebedî olduğuna dair bir haberi naklettirmiş bulunmaktadırlar. Fakat İslâm Hukuk dünyası için, böyle bir haber tevatür suretiyle intikal ettirilmiş değildir.

2 — Haberi intikal ettiren râvilerin adetleri kesir bulunmalı, ve ayni zamanda Ashab, Tabiîn ve Tebeaî Tabiîn sınıflarına mensup bu râvilerin adetleri arasında bir muvazene olmalıdır. Yani bu sınıflara mensup râviler arasındaki adet farkı mahsûs bir derecede bulunmamalıdır. O derecedeki, bu râviler arasında sözüne az itimat edilir, başkala-

rının sözüne kolayca kanabilecek kimse mevcut bulunduğu takdirde, bu kimsenin mevcudiyeti haberin tevatürünü ihlâl edememelidir.

3 — Râviler (intikal ettirenler) hakikî ve sahih bir surette vukuf sahibi kimselerden bulunmalıdır. Ancak intikal ettiren kimselerin cümlesinin de tanınmış hukuk âlimleri olmasına lüzum ve mahal yoktur.

Bu kısma dahil olarak intikal ettirilmiş bulunan haberler de iki nev'e ayrılırlar.

1 — Bu nev'e dahil haberler, lâfızları arasında değişiklik mevcut bulunsa dahi, manâları hiç bir veçhile değişmeyen, ayni manâyı ihtiva eden haberlerdir. Kabir azabına ait intikal ettirilmiş bulunan haberler gibi.

Bu husus biraz izaha muhtaçtır. Şöyleki: Bir hadîse göre, insan öldükten sonra toprağa konulunca, bazı suallere muhatap olacaktır. Münkir, Nekir kabirde zuhur ederek o kimseden Allahını, dinini, peygamberini, kabilesini, kitabını soracaktır. İşte bu hadîsin sözlerinden, intikal ettirenlere göre, bazı değişiklik mevcut bulunmasına rağmen, bütün intikal şekillerinde mevcut umumî manâ yekdiğerine tamamiyle mutabık olup tevafuk etmektedir.

2 — Gerek manâsı ve gerekse lâfızları, aynen Hazreti Peygamberden sadır olduğu gibi intikal ettirilen haberler bu nev'e dahildir.

Bu nev'e dahil haberler için, İslâmiyette iki türlü noktaî nazar mevcut bulunmaktadır. Ekseriyetin iltihak ettiği (cumhuru ulema) birinci noktaî nazar, Hazreti Peygamberin ağzından çıktığı şekilde ayni elfaz ile intikal etmiş hadîs, mevcut olmayıp tevatür halinde intikal etmiş bulunan bilcümle haberlerin manâları itibariyle intikal ettirilmiş bulunduğu merkezindedir. İkinci noktai nazar Şafiî ulemasından İmamı Tayyibî ile, bu zata iltihak eden ulemanın ve hadîs cami'lerinin noktai nazarıdır. Bunlara göre, Hazreti Peygamberin ağzından çıktığı gibi aynı kelimelerle intikal etmiş hadîsler mevcuttur. Eczümle, şu hadîsler aynen Peygamberin ağzından çıktığı gibi intikal ettirilmişlerdir. 1 — El-beyyinetü li'l-müddei, ve'l-yeminü alâ men enkere. "Davayı isbat, davacıya; yemin ise davayı inkâr eden kimseye teveccüh eder" 2 — Men kezebe aleyye müteammiden fe'l-yetebevveu mak'adehu fi'n-nari "Bana yalan olarak hadîs atfeden kimse, kendisine Cehennemde bir yer

ihzar etmiş olur" 3 — İnne mali küllü'm-riin ma neva. "Her fiil kasıt ve niyete göre hüküm altına alınır."

* * *

Tavatür halinde rivayet edilmiş "intikal ettirilmiş" bulunan haberlerin hükmü şer'işi nass halinde ve evamiri kat'iye tesisidir. Bu nevi haberler ibadet bahsinde kat'î birer delil mahiyetindedir. Bunları inkâr eden kâfir olur. Bu haberler Kur'anın aynı hususa mütedair hükümleriyle birleştirilmek suretiyle, hukukî mevzular da meydana getirirler.

* * *

İkinci kısım müsned haberler. Bu nev'e dahil bulunan haberler de tıpkı birinciler gibi, Hazreti Peygamberden alınarak, yalan söylemeleri aklın tecviz etmeyeceği kimselerin ittifakiyle intikal ettirilmişlerdir. Bu kısma dahil müsned haberlere de, Kat'iyyü,s-sübut ve zanniyü'd-delâle denildiği gibi "haberi meşhur" da denilir.

Bu haberleri birinci kısımdakilerden tefrik eden nokta şudur: Birinci kısmın izahında, tevatüren intikal ettirilen haberlerin Ashab, Tabîin ve Tebai Tabîin tarafından intikal ettirilmiş bulunmaları, intikal ettirenlerin adetlerinin çok olması lâzım geldiğini söylemiş ayni zamanda, bu çokluğun Ashab, Tabîin ve Tebai Tabîin sınıfları arasında muvazenet tesis edecek bir halde bulunması lüzumunu ilâve etmiş idik. İşte birinci kısım ile ikinci kısım mütevater haberler arasındaki fark; sınıflar arasındaki çokluk noktasından gözetilen muvazenede mevcuttur. Bu nev'e dahil mütevater haberlerdeki çokluk Ashaba âittir. Tabiîn ve Tebei Tabiîn, adet bakımından azlığı teşkil etmektedir. Yani intikal ettirenlerin ekseriyetini, Ashab teşkil etmektedir. Tabiîn ile Tebei Tabiînin adetleri mahdut bulunmaktadır. Ancak bütün bu zevatın da adetleri az olmalarına rağmen, yalan söylemeleri aklın tecviz etmeyeceği kimselerdir.

Bu nev'e dahil haberlerin hükümleri üç noktada mütalâa olunmaktadır:

1 — Bu nev'e dahil haberler her ne kadar birinci nevidekiler gibi nass halinde kat'î olarak intikal ettirilmemiş iseler de her müslim için, bunlara inanmak, itminan etmek lâzımdır.

2 — Bu nev'e dahil haberleri inkâr eden kâfir olmaz. Ancak evamiri ilâhiyeye itaat etmeyen müslümanın işlemiş olduğu bir günahı işlemiş olur.

3 — Bu haberler vesatetiyle Kur'andaki bir hükme yeni bir hüküm ilâvesi de caiz görülmüştür. Misâl : Bir kimsenin bir işi işlemek için, kendi kendisine yemin edip bu yemini nakzetmesi halinde Kur'andaki sarih hükme göre, o kimsenin üç gün kefaret orucu "Fesiyamü selâseti eyyamin" tutması lâzımdır. Yukarda da işaret etmiş olduğumuz veçhile Ashabdan bazı kimseler bu ayete, "mütetabiatın" kaydını bir haberi meşhur olarak ilâve etmiştirler. Manâsı bir biri arkasına demektir. Bu kelime ayete meşhur bir hadîs dolayısiyle, yani bu kısımda bahis mevzuu ettiğimiz bir haber dolayısiyle ilâve olunmuş; Kur'andaki hükme yeni bir hüküm ilâve olunmuştur, ki, bu caizdir. Bu ilâveye göre, nakzı yemin dolayısiyle üç gün bir biri arkasına oruç tutmak lâzımdır.

* * *

Müsned haberlerin üçüncü kısmı. Bu kısma dahil olan müsned haberler Ashab, Tabiîn ve Tebei Tabiînden tek bir kişi tarafından intikal ettirilmişlerdir. Bunlara "Haberi vahit" denir. Bu kabil haberlerin hükümleri hakkında üç noktai nazar mevcuddur.

1 — Ulemanın büyük bir kısmı bu haberlerin ayrı ayrı iki hüküm tesîs ettiklerine kanidirler.

A — Haberi intikal ettiren raviler, biraz ilerde göstereceğimiz ravilik şeraitini haiz iseler bu haberler "zannı galip" (Supposition victorieuse) üzerine delîl mahiyetini iktisap ederler.

B — Bu şeraiti haiz olsalar dahi bu kısma dahil haberleri inkâr edenler ne kâfir ne de günahkâr olmazlar.

2 — İmamı Ahmed Hanbele göre, bu kısma dahil haberler, itikat ve muamelâtta riayet olunmaları vacib birer emir mahiyetindedirler. İtikadat, ibadat ve muamelâtta bu haberlerin muktezasına riayet mecburidir.

3 — İmamı Azamın talebesinden bulunan Davude't-Tayî ye göre ise, bu kabil haberler mevcut başka delillerle vücude gelmiş olan itikadata müteallik delillerin ianesiyle yeni yeni şer'î hükümler vücude getirmektedirler.

* * *

ÜÇÜNCÜ BAHİS

Bu bahiste haberleri intikal ettiren râvilerin ne gibi şartları haiz bulunmaları lâzım olduğu hususu tetkik edilecektir. Râvilerin haiz olmaları lâzım gelen şartlar dörtdür.

1 — Râvinin reşit olması.

2 — Râvinin müslüman bulunması.

Bir haberin tevatür halinde intikal ettirilmiş bulunması halinde, tevatürü vücude getiren râviler arasında tek bir gayri müslimin bulunması keyfiyeti, intikal ettirilmiş bulunan haberin sıhhatine halel iras etmez. Fakat tek başına bir gayri müslimin haber intikal ettirmesine imkân yoktur. Haberi vahit intikal ettiren râvinin müslim bulunması, gayri kabili içtinap bir şartı aslîdir.

3 — Râvinin adalet sahibi (sahibi adalet) olması. Adalet sahibi olmak demek, bir kimsenin akideyi diniyesini, akıl ve zekâsını nefsanî heveslerine mağlûp etmemesi demektir. Akıl ve zekâsını ihtirasatına galip kılan, hissî zaaflarının üstüne çıkabilen kimse, adâlet sahibi bir kimsedir. Bu şartı haiz bulunmayan, yani evamiri ilâhiyeye itaat etmeyen, akıl ve zekâsını ihtirasatına mağlûp eden kimse, "fasık" bir kimsedir. Binaenaleyh fasık bir kimsenin haber râvisi olması caiz değildir. Kezalik geçirmiş olduğu safahatı hayatı meçhul olan kimsenin intikal ettirmiş olduğu haberin de hükmü yoktur. Böyle bir haberde merdut olur. Filhakika, evamiri ilâhiyeye riayet etmeyen kimse, hevesat ve nefsaniyetini bu emirlerin fevkine çıkarmış demektir ki, böyle bir kimseye âdil nazarı ile bakılmasına imkân mutasavver değildir. Kezalik geçirdiği hayat safhaları malûm olmayan kimseye de, hayat safhalarındaki şüphe dolayısiyle, âdil nazarı ile bakılamaz. Bu hususta Kur'anda mevcut bulunan şu ayet çok sarih bir hükmü havi bulunmaktadır: (Fasık bir kimsenin size vermiş olduğu haber ve malûmatı inceden inceye tetkik ediniz)

Binaenaleyh bu kabil kimselerin duymuş oldukları haberlerin gayet ince ve hassas bir surette tetkik edildikten sonra kabul edilmeleri lâzım gelmektedir.

Râvi, iki şekilde adalet sahibi olarak telâkki olunur :

A — Kasır bir adalet sahibi olarak, "adaleti kasıra". Bir kimse amme muvacehesinde adalet sahibidir. Ancak hususî ve şahsî hayatı bili-

nemediği için bu hususta adâlet sahibi bulunup bulunamadığı meçhuldur. Bu gibi kimselere kasır şekilde adâlet sahibi denir.

B — Kâmil bir adâlet sahibi olarak (adâleti kâmile). Böyle bir kimse bütün kemal mertebelerine sahip bulunan kimsedir. Bu kimse, dindarlık, faziletkârlık, muhakemesinde ulviyet, zekâsında fevkalâdelik gibi bütün meziyetleri nefsinde cem etmiş bir kimsedir ki, Bunlar da kâmil adâlet sahibi kimselerdir. Adâlet sahibi bir kimsenin böyle telâkki edilebilmesi için keza :

a — Muazzam günahlardan "zünübu kebair"

b — Küçük günahlardan "zünubu sağair"

c — Hisset vesair ruhu beşeri tedenniye sevk eden hallerden (iskanbil ve tavla gibi oyunları oynamak)

tamamiyle berî bulunması lâzımdır.

4 — Râvinin söylenilen sözleri kuvvetli bir surette zabt etmek hassası, yani çok kuvvetli bir hafızası bulunmalı.

Bu kudretin tecelli etmesi için şu beş hassanın o kimsede içtima etmiş ve birleşmiş bulunması lâzımdır:

1 — Hafızada elfazı muhafaza edebilmek hasası ki, buna "zabtı kelâm" hassası denir.

2 — Zaptolunan kelâmın manasını, zihni teşviş etmeyecek sıhhat ve selâmette anlayabilmek hassası ki, bu hassanın teşekkül edebilmesi için sükûneti ruhun mevcut bulunması lâzımdır. Hazreti Peygamber gazap halinde bulunan hâkimi o anda hüküm itasından menetmiştir. Hiddet ve gazap, basireti izale ederek insanı işitmiş olduğu kelimelerin manâsını anlamaktan men eder.

3 — Hafızada "zabtı kelâm" hassası kadar "zabtı manâ" hassası da mevcut bulunmalıdır.

4 — Hafıza, zabtı kelâm ve zabtı manâ hassalariyle muhafazası altına aldığı hususu daima tekrar edebilmek kabibliyetinde olmalıdır ki, buna tekerrür hassası denir.

5 — Müzakere hassasının mevcudiyeti. Râvi hafızasında bulundurduğu haberleri her zaman asırdaşları ulema ile müzakere, ve bu hususta o zevatın fikirlerini alarak bu haberlerin sıhhatleri hakkında onlarla fikir mübadelesinde bulunmalıdır.

Bütün bunlardan başka râvi haberleri yalnız hafızasında muhafaza

etmekle mükellef olmayıp, ayni zamanda bu haberlerin ne gibi ahkâmı şer'iyeyi intaç etmiş olduklarını da bilmek mecburiyetindedir. Buraya kadar vermiş olduğumuz izahattan da anlaşılacağı üzere :

1 — Kolaylıkla aldatılabilen ;

2 — İşittiği şeyleri yekdiğerinden tefrik için lüzumlu gayreti göstermeyen ;

3 — Zaaf ve temayüllerini tatmin için nefsini hava ve hevese terk eden;

4 — Muhitinde yalan haber ve malûmat neşir ve işaasiyle tanınmış olan kimselerin; intikal ettirmiş bulundukları haberler kabule şayan değildir.

* * *

DÖRDÜNCÜ BAHİS

Bu bahis, haberi vahit nakleden râvilerin, haiz bulundukları ahvali mahsusa dolayısiyle, haberlerin yekdiğerinden tefrik edilmelerini gösterecektir.

Bu hususî haller ikidir.

1 — Şöhret sahibi bulunan tanınmış râviler.

2 — Bu sıfatı haiz bulunmayan râviler.

Şahısları tanınmış şöhret sahibi bulunan râviler de iki guruba ayrılırlar :

A — Bizzat içtihat edinmek kabiliyetini haiz hukukşinas râviler. Ashabdan bu vasfı haiz bulunanlar şunlardır :

I — Hülefayı Raşidîn. (Hazreti Peygamberi hemen takip eden dört halife)

II — Zamanın en kuvvetli hukukşinası bulunan Muaz İbni Cebel

III — Dört Abdullahlar; Abdullah İbni Mes'ut, Abdullah İbni Abbas, (bu zat Hazreti Aliye; biat etmeden evvel Muaviyenin azil edilmemesini tavsiye eden zattır) Abdullah İbni Zübeyr, Abdullah İbni Ömer (Hazreti Ömerin oğludur.)

IV — Zeyd İbni Sabit (Hazreti Peygamberin vahiy kâtibi. Bu hususta eserin birinci cildinde tarihi malûmat kısmında izahat mevcuttur).

V — Hazreti Ebu Bekirin kızı ve Hazreti Peygamberin refikası Hazreti Ayşe.

B — Ashabdan bulundukları halde hukukşinas olmayan râviler: Selman, Ebû Hüreyre ve saire gibi.

Hadîs naklinde şöhret sahibi bulunan Ashabın bu nakil keyfiyetleri hususuna müteallik olmak üzere, İslâmiyette üç noktaî nazar mevcut bulunmaktadır.

Birinci noktai nazar : Ulemanın ekseriyetinin saliki bulunduğu bu noktaî nazara göre, hadîsi intikal ettiren kimse, hadîs nakli hususunda şöhret sahibi bir kimse bulunmakla beraber, ayni zamanda hukukşinas da telâkki edilmekte ise, intikal ettirmiş bulunduğu haber, kıyasa ve akla muhalif bulunmuş olsa dahi, kıyas fukahanın fevkinde bir kıymete maliktir. Kıyas bir tarafa bırakılarak, bu ayarda râvi tarafından intikal ettirilmiş bulunan hadîsin hükmüne göre hareket olunur. Buna mukabil intikal ettiren zatın kendi kendisine içtihat edinebilmek iktidarında bulunan bir hukukşinas olmaması ve nakil olunan hadîsin de Kıyasa ve akla muvafık bulunmaması takdirinde iki hal müşahade olunur.

A — Nakil olunan hadîs, nereden bakılırsa bakılsın Kıyas ile taban tabana zıd bulunmaktadır. Bu halde hadîs terk olunarak kıyasa göre hareket olunur. Misâl : Üç gün zarfında hakkı hıyarını istimal etmek şartiyle bir kimse bir koyun satın almış olsa da koyun sütlü çıksa ve satın alan kimse bu sütü sarf ve istihlâk etmiş bulunsa o kimsenin hıyar hakkını istimal ederek, üç gün sonra koyunu iade ettiği takdirde, koyun sahibine, istihlâk etmiş bulunduğu süt bedeli olarak bir sağ miktarı hurma vermesi lâzım geldiğine dair Ebû Hüreyre tarafından bir hadîs nakil edilmiş bulunmaktadır. Bu haber Kıyas Fukahaya muhaliftir. Râvisi ise kendi kendisine içtihat edinebilmek iktidarında olan bir hukukşinas değildir. Binaenaleyh bu haber tatbikatı hukukiyede takip olunmamıştır. Zira koyunun istihlâk edilen sütüne mukabil, hurma verilmesi hususu kıyasa muhaliftir. Bu kabil satışlarda istihlâk edilen şeylerin mal sahibine aynen iadesi husunda sarih hüküm mevcut bulunmaktadır.

B — Haber bazı noktalarda kıyasa uygun, bazı noktalarda ise muhalif bulunduğu takdirde, haber ile amel edilir. Misâl : Bazı müş-

külpesent kimselerin hissiyatı; pis bir yere düşen bir kabın üç kere yıkanmakla temizlenmiş olacağına dair mevcut bulunan Hadîsi Peygamberîye ittibada müterreddit bulunmaktadır. Buna rağmen bu hadîs kabul olunmuş ve İslâmiyetten evvelki zamanda bu suretle pis bir mahalle düşen kapların derhal imhası kaidesine istinat eden kıyasa tercih kılınmıştır.

İkinci Noktai nazar: İmamı Malik, haberi vahidi nakleden kimse ister hukukşinas bulunsun, isterse bulunmasın, tasnife tabi tutmamakta; Kıyası Fukahanın daima haberi vahide müreccehi bulunduğunu beyan etmektedir. Ancak, kıyasın tek bir kişi tarafından yapılmış bir içtihat şeklinde bulunmamasını, Kıyası Fukahaya istinat eylemiş olmasını şart koşmaktadır.

Üçüncü noktai nazar : Hanefi ülemasından İmamı Kerhîye ait noktai nazardır. Bu zat haberi vahidin kıyasa tercih edilip edilmemesi noktasından haberi vahit râvisinin şahsiyetini esas ittihaz etmektedir. Râvi adalet sahibi, duyduğunu muhafaza edebilecek hafızaya malik bir kimse ise kıyasa tercih olunur. Bu şeraiti haiz olmayan râvinin naklettiği haber ise, kıyasın dununda olup kıyas, bu habere tercih edilir. Bu noktai nazar, fetvalara esas teşkil etmek üzere kabul olunmuş, yani müftabih bulunmuştur.

Hadîs naklinde şöhret sahibi bulunmayan râviler de beş guruba ayrılmaktadırlar :

1 — Hadîs naklinde meşhur bulunmamakla beraber bir veya iki haber intikal ettirmiş bulunmakla maruf râviler bu guruba dahil bulunmaktadırlar. Bu guruba dahil râvinin intikal ettirmiş bulunduğu haberler, kendilerinden evvel gelenler (Mütekaddimin) tarafından red edilmiş olduğu takdirde, bu kabil haberlerin iktisap edebileceği kıymet, yukarda zikretmiş bulunduğumuz meşhur haberlere ait esaslara göre, icra olunur.

2 — Hadîs naklinde meşhur bulunmamakla beraber bir veya iki haber intikal ettirmiş bulunmakla maruf olan râvinin rivayet ettiği haber kendinden evvel gelenlerden tek bir kişi tarafından tasdik olunduğu, kıyasa muvafık bulunduğu takdirde kabul edilir. Misal: Mihir tesmiye edilmeden vukua gelen nikâhlarda zevcin, zifaftan evvel vefat etmesi halinde ne tarzda hareket edileceğine mütedair haber bu kabilden-

dir. İslâmiyetin ilk devrelerinde tehaddüs etmiş bulunan bu mesele hakkında, halledilmesi matlup nokta böyle bir hal vukuunda zevcenin mihir (İslâm Hukukunda nikâhta zevceye verilmesi tekarrür ettirilen meblâğdır ki, peşin verilenine mihri muaccel, talâk veya vefat vukuunda verilecek olanına da mihri müeccel denir.) talebine hakkı olup olmadığı noktası idi. Meselenin halli kendisine havale edilen Abdullah İbni Mes'ut, bir aylık uzun bir mesaiden sonra, böyle bir hal vukuunda zevcenin mihri misil alacağını, yani mihrin belli olmamasına göre, kadının mensup bulunduğu ailenin içtimaî vaziyetinde bulunan mümasil ailelerde ne kadar mihir tayin edilmesi âdet ise, o kadar mihir alacağını bildirdi. Abdullah İbni Mes'udun bu reyi bildirdiği mecliste daha yaşlılardan Mukal İbni Sinan bulunmakta idi. Bu zat, Abdullahın bu reyine karşı «Abdullahın bu reyi doğrudur, nitekim Hazreti Peygamber, ayni meselenin mümasili olan Bur'ın karısı ve Vasıkın kızı hâdisesinde de bu suretle hareket edilmesi reyinde bulunmuşlardı.» demek suretiyle reyi vakii tasdik eyledi. İşte burada meşhur bulunmayan bir râvinin intikal ettirdiği haber, kıyasa muvafık bulunmuş ve aynen kabul edilmiştir.

3 — Haber naklinde meşhur olmayan râviler tarafından intikal ettirilip daha evvel gelenler tarafından kabul edilmeyen hadîsler bu guruba dahildirler. Bu haberler hiç bir suretle bir hükmü hukukî tesis edemezler. Misal: Fatma Binti Kays, kendisinin kocasiyle aralarında talâk vuku bulduğu vakit, Hazreti Peygamberin, kocasının kendisine nafaka vermesine lüzum olmadığı reyinde bulunduğuna dair bir haber nakletmiş; ve fakat bu haber bilumum Ashab tarafından reddolunmuştur.

4 — İlk üç nesli İslâmiyetçe malûm bulunmayan bir haberin zahire ihraç edilmesiyle vücut bulan haberlerdir. Bu haberler Kıyas ile mutabakat arz ettikleri takdirde her müslüman için riayeti muktezi hüküm ifade ederler. Ancak, ifade ettikleri hükümlere riayet olunması vacip derecesinde değildir.

5 — İlk üç nesli İslâmiyetten sonra zahire ihraç edilmiş bulunan haberlerdir ki hiç bir hükmü hukukîyi haiz bulunmamaktadırlar.

* * *

BEŞİNCİ BAHİS

MEFSUL HADİSLER (AHADİSİ MEFSULE)

(Des avertissements à transmission interrompue)

İntikalleri, inkıta arzeden haberlere mefsul haberler denir. İki nev'e ayrılırlar.

1 — **İnkıta tam değildir. İntikalin tam olmasını** icap ettiren senetler mevcut olup, tam bir şekilde mevcut değildir. Bunlara hafi inkıta denir.

2 — Zahirî inkıta arzeden haberler. Bunlara mürsel haberler ıtlak olunur. Bu kabil haberleri intikal ettirenlerin teakübünde inkıta mevcut bulunmaktadır. Yani bir haberi Hazreti Peygamberden ahzeden zat ile, bize kadar intikal ettiren zevat arasında boşluk bulunmaktadır. O boşlukta bulunan râviler meçhuldür. Misal: İmamı Ebû-Yusuf şu hadîsi nakletmektedir: (Alıcı ile satıcı, meclisi beyi' dağılıncaya kadar akdi feshetmekte muhayyerdirler.) Bu; akit esnasında mevcut bulunan alıcı ve satıcı ve şahitler, icap ve kabulden sonra dahi dağılıncaya kadar taraflardan birisi icap veya kabulünü geri alabilir, demekdir. Bu kimseler dağıldıktan sonra ise artık rücuları imkânı kalmaz. Akit ancak hâkim huzurunda, akdin feshini istilzam eden sair esbab mevcut ise fesholunabilir. İmamı Yusuf bu hadîsin Hazreti Peygamberden ahzolunduğunu bildirmekte ve fakat kendisine kadar hangi râviler vasıtasiyle intikal etmiş bulunduğunu zikredememektedir. Hazreti Peygamber ile Ebû Yusufun arasında ise bir buçuk asırdan fazla bir zaman mevcut bulunmaktadır.

HÂTİME

PEYGEMBERİN EF'ALİ VE TASVİP İFADE EDEN SÜKÛTU

(TAKRİR)

A

PEYGAMBERİN EF'ALİ (EF'ALİ RESUL)

Hazreti Peygamberden şeref sadır olan ef'al üç kısma münkasemdir.

Birinci kısım: İslâm cemiyetinin iktida ve ittiba mecburiyetinde bulunmadığı ef'al dir. Bu kısma dahil Ef'ali Peygamberî de iki nevidir. Birincisi resulün bir fikri mahsus ile icra etmeyip, insanlık saikası ve zaruretiyle husul bulan ef'alidir. Peygamberin uyuması gibi. İkincisi ise, az veya çok bir gayeye, bir maksada müteveccih olarak işlemiş bulunduğu ef'aldir. Bunlar da şu üç halde mütalâa olunurlar:

A — Münhasıran Rasulullahın mübarek şahsiyetlerine mahsus ef'al, Teheccüt Namazı gibi. Gece yarısı kılınan bu namaz; Hazreti Peygamberin şahsına karşı farz olup, sair eşhas için böyle bir mecburiyet mevcut değildir.

B — Zatına mahsus ehemmiyetsiz hatalar (zelle).

C — Hususî hayat ve itiyatlarına ait yemek ve içmek gibi hususlarda âdet edindikleri tarzlara mahsus ef'al.

İkinci kısım: İslâm cemiyetinin iktida ve ittiba mecburiyetinde bulunduğu Ef'ali Peygamberî bu kısma dahildir. Bu ef'alin gerek işlendikleri anda vücud bulan, ve gerekse bilâhare tebellür ettirilen kıymeti hukukiyeleri, Vacip ve Sünneti teşkil etmeleridir.

Üçüncü kısım: Hazreti Peygamberden sadır olmuş bulunup ta bütün cemiyeti islâmiyece imtisal edilmesi caiz bulunan ef'al, bu kısma dahil bulunmaktadır. Yapılmaları caiz olan (Mübah), icraları methe şayan bulunan (mendup) an'aneye muvafık bulunmaları itibariyle icraları hususu temenniye lâyık görülen (müstehab) ef'al bu cümledendir. Hazreti Peygamberin yemeklerden sonra o zamanlarda sabun bulunmaması dolayısiyle killi toprak ile ellerini yıkaması gibi.

* * *

PEYGAMBERİN TASVİP İFADE EDEN SÜKÛTLARI (TAKRİR)

Hazreti Peygamberin Ashabdan sadır olan bir hareketi gördüğü veya Ashabın zikrettikleri bir sözü işittiği zaman, tasvip edercesine sükût etmeleri halidir. Buna takrir denir.

Takrir iki tarzda vaki olur.

1 — Haklarında hükmü şer'î mevcut bulunan ef'ale muhalif fiiller muvacehesinde Peygamberin limaslahatin sükût etmesi halidir ki, bu

hükmü şer'îye muhalif olan fiilin Hazreti Peygamber tarafından tasvip edilmiş bulunduğunu göstermez.

2 — Haklarında hüküm bulunmayan, yani şeriatın bir hüküm ile memnu kılmadığı ef'al muvacehesinde Peygamberin sükûtu ihtiyar eylemeleri halidir ki, işte bu halde, Hazreti Peygamber, sükûtlariyle o fiili tasvip buyurmuş olurlar. Hatta bu hareketi müşahede buyurmalariyle kendisinde tebessüm alâmetleri de belirmiş olduğu takdirde bu hareketin güzel (hasen) bir hareket olduğu da tezahür eder.

* * *

ZEYL

Hazreti Peygamberin, kendilerine risalet erişmeden evvelki zamanlarına ait ef'al ve harekâtı hususunda iki noktai nazar mevcut bulunmaktadır.

Birinci noktai nazara göre, peygamber risalet vazifesiyle tavzif olunmadan evvel, mevcut şeriat hükümlerini takip etmemekte ve bu şeriatın istilzam eylediği ibadetleri icra eylememekte idi. Hanefîlerin noktai nazarları bu merkezdedir. Ulemanın büyük bir ekseriyetinin kabul etmiş bulunduğu bu noktai nazara göre, Mekke müşrikleri arasında yetişmiş bulunan Hazreti Muhammedin Kur'andan evvel inzal edilmiş bulunan semavî kitablardan hiç birisini okumuş olduğuna dair bir rivayetin ademi mevcudiyetidir. Binaenaleyh müşarünileyh, İslâmiyeti neşre başlamadan evvel mevcut mevzuatı hukukiyeye dair malûmat sahibi bulunmamakta idi.

Filvaki kendilerinin iki kerre ticaret maksadiyle Şama gitmiş oldukları bir hakikattir. İlk gidişinde yolda rahip Buheyra ya tesadüf ettiği ve bu zattan almış olduğu haberler neticesi yolunu tebdil ettiği hususu da red ve cerhi kabil olmayan vesaike müstenit başka bir hakikattir. İkinci defasında, zevceleri Hazreti Haticenin ticaret işleri için Şama gitmiş, ancak yirmi gün kadar kalarak bu müddet zarfında mevcut din saliklerinden hiç kimse ile temas etmemiştir. Filvaki kendileri okumak biliyorlardı. Fakat okuyup yazmak için hiç bir hocadan ders almış değillerdi. Bunun içindir ki Kur'anda, kendileri «Nebiyyi ümmî» diye telkip edilmişlerdir. Hiç bir hocadan ders alıp tahsil etmemiş bulundukları bu ayetle de sabittir.

tehidîni fi'ş-şer'» de denir. Bu zevat Kur'an ve Sünnetin çizmiş olduğu hududlar dahilinde, bu iki menbadan mezheblerini tesis etmek üzere lüzumlu kaideleri çıkarmış bulunmaktadırlar. Bu kaideler sayesindedir ki, mesailin tatbikî netayicine varmış ve böylelikle mezheblerinin tatbikatı hukukiyelerini meydana getirmişlerdir.

İcmaın tarfini tamamlamış olmak ve anlaşılmasını teshil etmek için şu izahatı da vermeyi faideli addediyoruz. Bu izahat Molla Hüsrevden iktbas olunmuştur.

1 — Müçtehidin tabiri ile içtihat bahsinde bahis mevzuu ettiğimiz ilk üç sınıf hukukşinaslar kastedilmiş bulunmaktadır.

2 — Karn; hukukşinasların ayni sistemi takip ederek ayni vasıf ile muttasıf bulundukları bir zaman devresidr. Ashab, Tabiin, Tebei-Tabiin gibi.

3 — İttifak; icma suretiyle vukubulan toplantıda mevcut hukuk ulemasından her birisinin ayni karn içerisinde, bir içtihat neticesi olarak kabul edilen hükmü şer'iye iştirak etmiş bulunmasıdır. Tabiri diğerle, gerek dinî bir mevzu hakkında, gerekse hukukî bir mesele hususunda ayni devreye mensup ulemanın birleşmiş bulunmaları, ayni reye sahib olmalarıdır.

4 — İçmaı Ümmet tabiriyle Müslüman hukuk ulemasının bir mesele hakkındaki ittifakiyle doktor, riyaziyeci gibi sair ulemanın ittifakları yekdiğerinden tefrik edilmiş bulunmaktadır. Kezalik, dinî ve hukukî bahislerden gayri ilimlere ait mebahis de İcma'a dahil olamazlar. Misal: Skamonga nebatının «safra» tathir eden bir müshil ilâcı olduğu tıp ulemasının cümlesince kabul edilmiş bir keyfiyettir. Tıp alimleri bu hususta ittifak üzere bulunmaktadırlar. Fakat bu ittifak üzere bulunuş keyfiyeti hiç bir zamanda (İcmaı Ümmet)vasfını haiz değildir. Kezalik edyanı saireye ait ilimler hususundaki ittifaklar da böyledir. Bunlar da münhasıran İslâm Hukukunu alâkadar eden, İcmaı Ümmet ile alâkalı değillerdir. Müçtehitlerin bir araya toplanmasiyle vukua gelen İcmaın tamamiyle hususî bir vasfı olduğu görülmektedir. Temamiyle İslâmî olan bu teşriî meclisin ittihaz ettiği reyler; bütün ümmet için ittiba olunması mecburidir. İcmaı hiç bir suretle «reyi âm» (consensus omnium) ile karıştırmamak lâzımdır. İcma, hukuk ilminde mütehassıs bulunan hukukşinasların, reylerine inhisar etmektedir.

Her hangi bir mevzuai hukukiyede icma'a istinat ettirilmiş bir hükme tesadüf olunduğu takdirde bunun, ilk üç islâm nesli teşriîne ait hukukşinasların, İcma'ı Ümmet suretiyle ittihaz ettiği kararlara müstenit bulunduğu anlaşılmalıdır. Bir çok kerreler tekrar ettiğimiz veçhile, bu üç nesli İslâmiyet vahyin netayicini en kadir bir şekilde aksettirmiş ve buna en sadık bir şekilde hareketlerini uydurmuşlardır. İçtihat bahsini izah ederken de söylemiş olduğumuz gibi, bu üç nesli İslâmiyeti takip eden hukukşinaslarda gerek yalnız başlarına, gerek toplu olarak, kendilerine arzedilen şekli halleri meçhul mesaili halletmek suretiyle, İslâm mevzuatı hukukiyesini zenginleştirmişlerdir. Ancak bu zevat kendilerine arzolunan mesaili hal için mevcut dört mezhebde bulunan usul ve kaidelere istinat etmiş, hiç bir zamanda bunların haricine çıkmamış, bu kaideleri tebdil ve tadil edememişlerdir. Esasen buna imkân da mevcut değildir. Bu kaideyi esasiye haricinde her hangi bir ilmî cemiyet tarafından ittihaz olunacak kararlar, İcmaı Ümmet kararı vasfını haiz olamaz. Ve binaenaleyh bu suretle ittihaz olunan kararlar, her türlü teşriî kıymetten mahrum olmuş olur.

Yine içtihat bahsinde, içtihat edinecek hukukşinasların dereceleri ve bu derecelere göre, içtihatların haiz bulundukları kıymet hakkında da esaslı tafsilât ita etmiş idik. Binaenaleyh burada içtihat bahsinde zikretmiş olduğumuz dereceleri, bütün müçtehitleri içerisine alabilecek şekilde hülâsatan tekrar etmiş olacağız.

Birinci derece : Ashabı Peygamberînin hukukşinas (fakîh) olanları.

İkinci derece: Tabiinden olup ta netayici malûm içtihatlariyle tanınmış bulunan hukukşinaslar.

Üçüncü derece : İmamı Azam. Gerçi bu zat ta Tabiinden bulunmaktadır. Ancak, tebei Tabiinden bulunan diğer üç mezhep imamı ile bir sıraya konmaktadır. Dört mezhep imamlarına, biraz yukarda da söylediğimiz gibi Müçtehidîn fi'ş-Şer' denilmektedir ki, başlı başına bir mezhep tesis etmiş oldukları için bu namla yadedilmektedirler.

Dördüncü derece : Dört mezhep imamlarının şakirtleri bulunan müçtehitler. Bunların kendileri mezhep müessisi olmadıkları, müesses bulunan mezhebin usul ve kaidelerine göre, içtihat edindikleri için, bunlara Müçtehidîn bi'l-Mezheb denilmektedir. Bunlar, imamları bulu-

nan mezheb müessisleri tarafından mevzu sistemleri takip etmek suretiyle her mezhebin içtihadı hukukîsini tevsi ve tekmil etmiş bulunmaktadırlar. Ancak, İslâm içtihadı hukukîsini ikmal edenlerin, İmamı Azamın şakirtleri bulunduğunu bir kerre daha tekrar etmek isteriz.

Beşinci derece : Mezheb müesisi İmamların şakirtlerini takip etmiş bulunan müçtehitler, bu dereceye dahildirler. Bu zevat içtihatlarını, kendilerinden evvel gelmiş bulunan zevatın halletmiş bulundukları mesaile istinat ettirmek suretiyle edinmişlerdir. Bunlar umumî kaideler vaz'ı suretiyle olmayıp, müteferrik surette mesele halletmişlerdir. Bunlara da Müçtehidîn fi'l-Mesail denilmektedir. Bu zevat da mesaileriyle içtihad hukukunun zenginleşmesine hâdim olmuşlardır.

* * *

İcmaı Ümmet faslı, dört bahisten mürekkeptir.

1 — Rükün (support))
2 — Şart (condition)
3 — Hüküm (conséquence légale)
4 — Senet (Preuves à l'appui)

* * *

Rükün : Ayni devre mensup müçtehitlerin, İslâm Hukukşinaslarının her hangi bir topluluğu tarafından kabul edilmiş bulunan bir meseleyi hukukiye hakkında reylerini birleştirmeleri, ittifak ettirmeleridir.

Bu ittifakın rüknü ya tam ve mükemmel veyahut ta ancak kifayet edecek bir derecede olur. Birincisinde azimet, ikincisinde ruhsat mevcut bulunmaktadır. Azimet halinde olan ittifaklarda ya(tekellüm) şeklinde yani, bir hüküm veya bir netice halinde; yahut ta ayni devre mensup bütün müçtehitlerin tatbikleri şeklinde tecelli etmektedir. Arazinin şirket halinde ekilmesini kabul eden şirketi muzaraa ile, bir taraftan sermaye bir taraftan da sây konulmak suretiyle vücut bulan şirketi müdarebe, müçtehitlerin azimet şeklinde tecelli eden ittifakı reyleriyle vücut bulmuştur.

Ruhsat şeklinde olan rükne gelince : ayni devre mensup hukukşinaslardan (Müçtehid) hepsi tarafından olmayıp ta bazıları tarafından mevkii fiile konulan ahkâma karşı, diğerleri tarafından muhalefet ve

itiraz serdedilmemek suretiyle vücut bulan ittifaklardır. Misâl: Yukarıki bahislerde de bilmünasebe zikretmiş olduğumuz gibi, halife Ömer, haddi zinaya ait ayeti müzakere etmek için İcmaı Ümmet suretiyle fukahayı topladı. Ve mezkûr ayetin manâsının nesih edilmemiş olduğunu delail ve bürhaniyle izah ettikten sonra, İcmada bulunan fukaha, sükût etmek suretiyle Ömerin reyini tasvip ettiler. İşte burada İcmadaki ittifakın rüknü, ruhsat suretiyle vücude gelmiş bulunmaktadır. Zira devrin en meşhur hukukşinaslarından bulunan Muaz ibni Cebel ile Zeyd İbni Sabit içtimada hazır bulunmamakta idiler. Bu iki zat bilâhare İcma suretiyle müttehaz kararı işitince, bu karara karşı ne bir itirazda, ne de her hangi bir muhalefette bulunmadıkları gibi, icabında bu surette karar vermek veya bu karar mucibince hareket etmekten de çekinmediler.

* * *

İcmaın şartı : İcmaın bir kıymeti hukukîye ifade edebilmesi için lüzumlu olan şart, bu ittifakın ayni devre mensup hukukşinasların reylerinin ayni fikir etrafında tam bir şekilde birleşmesi suretiyle tezahürüdür. İcma, ilk üç İslâm neslini teşkil eden devrelerden her hangi birisine münhasır değildir. Yani bilfarz yalnız Hulâfayı Raşidin devrinde icma olabilir, denilemeyeceği gibi, icma münhasıran dört imam zamanı müçtehitlerine mahsus da denilemez. Kezalik İcmada, reylerin tam bir mutabakat halinde birleşmesi şart olan aza adedi de muayyen değildir.

Bundan başka haberleri tevatür halinde intikal ettirmek için lüzumlu olan şahit adedi de İcma kararlarını intikal ettirmek hususunda lüzumlu değildir. Yani İcma kararlarında tevatüre lüzum yoktur. İcma kararlarının ittihaz edilmiş olduğu devreden tek bir kişi kalmış olup ta, o zatın icma kararı diye kabul etmiş olduğu bir husus, hiç bir itiraza, hiç bir muhalefete uğramamış ise, o kararın icma kararı olarak kabulü lâzımdır. İttifak şartı, Kur'andaki "Müminler tarafından gösterilen yolu takip et" ayeti kerimesine istinat etmektedir. Buradaki müminler kelimesi, o anda mevcut bulunan müminler demektir. Eğer İcma kararının verildiği devirden tek bir mümin kalmış ise, bunu takip etmek; o devreden başka müminler kalıp da bu kimsenin gösterdiği yola sükût ile mukabele etmiş iseler, ittifak mevcut bulunduğunu anlamak lâzımdır. Kezalik ayetteki mümin kelimesinde o müminin hukukşinas olması keyfiyeti de mündemiçtir. Zira hukukşinas olmayan bir

müminin noktai nazarı, ancak kendi şahsına mahsus olup, başkalarının da takip etmesi zarurî bulunan bir hükmü hukukî tesis edememektedir. Esasen ayetin sarahatı da bunu göstermektedir. Zira hukukşinas olmayan bir mümin kastedilmiş olsa idi, ayete yer yüzünde hukukşinas mümin kalmamış şeklinde bir mana vermek iktiza ederdi.

* * *

İcmaın hükmü. İcmaın hükmü, yakînıyyet ve kat'iyet ifade etmektir. İcmaın kat'iyet ifade ettiğine dair yukarda arzettiğimizden başka "veşavirühüm fi'l-emr" emri celili de mevcuttur ki, Hazreti Peygambere hitab eden bu emrin manâsı, "işlerinde Ashab ile müşavere et" demektir. İşte bu emri celil de, İcmaın kat'iyet ve yakîniyyet ifade eden hükümler vücude getirdiğini göstermektedir.

İcmaa; Allahın Islâm cemiyetine bahşetmiş bulunduğu bir lûtuf, bir keramet nazarı ile bakılmaktadır. Zira mütekaddim dinlerde, yalnız peygamberlere nazil olmuş olan kitaplarla bu peygamberlerin hareket tarzları hukukun menbaını teşkil ettikleri halde, İslâmiyette bunlara zamimeten İcma da bir menbaı hukukî teşkil etmektedir.

* * *

İcmaın mesnedi "senet". İcma suretiyle kabul edilmiş bulunan hükümlerin istinat ettikleri "delil ve hüccetler" İcmaın senedini teşkil ederler.

Bir kısım ulemaya göre, icmaın mesnedi ancak ve ancak Kur'an ile Sünnettir. Bunlara göre, Kıyas, İcma'a bir mesned olamaz. Zira müçtehitlerin meydana getirmiş bulundukları kıyas, vahye müstenit nakillerin, akıl ile imtizaç ettirilmiş bir terkibinden başka bir şey değildir. Halbuki hakikî surette İcmaın, ancak vahye müstenit naklin bir ifadei sahihası olması icab eder. Başlı başına akıl, veya vahye müstenit nakillerle imtizaç ettirilmiş bulunan akıl, İcmaa senet ittihaz edilemez. Diğer bir kısım ulema ise, Kıyasın İcmaa senet teşkil edebileceği reyindedir. Reylerini şöyle bir hâdiseye istinat ettirmekde, ve bu hâdiseyi reylerine işhat eylemektedirler. Ebû Bekir hilâfete, icma kararı ile is'ad edilmiştir. Bu icmaın delil ve hücceti, yani mesnedi ise kıyasa istinadetmektedir. Hazreti Peygamberin son hastalığında ifa etmekte bulunduğu vezaifden bir kısmını, kendi yerine ifayı vazife için Ebû Bekire terk etmiş bulunduğu malûmdur. Bu meyanda namazda imamet vazifesini de

müşarünileyhe terketmiş idiler. Ebû Bekirin kerimesi ve Hazreti Peygamberin zevceleri bulunan Ayşe, pederinin imamet vazifesini ifa için, bazı kayıtlar ileri sürdü ise de Hazreti Peygamber bu kayıtlara lüzum olmadığını ifade buyurdular. Vefatı peygamberîden sonra, İcma halinde toplanan Ashab, iktidarın devri hususunu, içtihada istinat ettirmek suretiyle kabul etmişti. Bu reyde bulunanlara göre, İslâm cemiyetine imamete ait vezaif ile sair vezaifin Ebû Bekire devir edilebilmesi, ancak Kıyas tarikiyle vuku bulmuş, ve İcmaın kararına da bu Kıyas senet teşkil etmiştir.

Fakat ulemanın ekseriyetinin reyi, Hazreti Peygamberin hastalığı esnasında imamete mahsus bazı vezaifin Ebû Bekire devri, bir Kıyas neticesi olmayıp Peygamberin ef'al ve harekâtına ait (fiili resul) Sünnet neticesidir. Binaenaleyh bu hususdaki İcmaın mesnedi Kıyas olmayıp Sünnettir.

Kıyasın icmaa mesnet olacağı reyinde bulunanların istinat ettikleri diğer bir husus ta pirincin riba (Faiz) olabileceğine dair İcma kararıdır. Bu hususa mütedair hadîsde ne gibi nesnelerin ziyadesi faiz "Riba" olabileceği zikredildiği halde, bu tadat edilen şeyler meyanında pirinç zikredilmemiştir. Binaenaleyh pirincin faizi haram olmamak lâzım gelirken, İcma yolu ile, pirinç buğdaya benzetilmek suretiyle memnuiyetine karar verilmiştir. Böylelikle İcmaın senedi, pirincin buğdaya kıyas edilmek suretiyle Kıyas olunmuştur. Noktai nazarımıza göre, böyle bir iddiada bulunmak doğru değildir. Müçtehitlerin İcma halinde toplanması suretiyle verilen bu kararda, pirincin buğdaya benzetilmesi İcmaı Ümmeti teşkil eden ittifakın, ittihaz ettiği bir Kıyastır. Binaenaleyh Kıyas, İcmaca yapılmış olmasına göre, burada Kıyas; İcmaın hücceti olmayıp, bilâkis İcma; Kıyasın delil ve hücceti mesabesindedir.

* * *

İcmaın senet ve hüccetleri Sünnettir. Bunlar ekseriya tek bir şahit tarafından intikal ettirilmiş haberler halinde intikal ettirilmiş, bilâhare İcmaa mevzu olmuştur. Misal: "Yenilecek şeyleri kable'l-kabız satmayınız" hadîsi, tek bir şahit tarafından intikal ettirilmiş, İcma karariyle bu hadîsin manâsı açıklanmıştır.

Kelâmullah da İcmaa, mesnet vazifesi görür. Usul ve Füru'un ev-

lenmelerini men eden ayeti kerimede olduğu gibi. "Ananız ve kızınızla evlenmeniz haramdır" ayeti celilesinin hükmü sarih olmakla beraber İcma, bu ayeti kerimeye istinat ederek manâyı, ananın anası, kızının kızı gibi memnuiyetler vaz'ı suretiyle teşmil etmiştir. Böylelikle ayeti kerime, İcmaın senedi hükmünü almıştır.

* * *

İCMAIN İNTİKAL ETTİRME YOLLARI «TARİKİ İCMA»

Müçtehitlerin İcmaı Ümmet suretiyle ittihaz ettikleri kararları intikal ettiren yollar ikidir.

Birinci yol : İcmaın tevatür halindeki şahitlerin şahadetleriyle intikali yoludur. Tabiri diğerle, hukukşinas bulunan Ashabın ittifakiyle intikal ettirilen İcmalardır. Misal : Kur,anın emir buyurduğu, bilumum ibadata ait hususatın gerek tarzı icraları, ve gerekse sıhhatle ifa edilmiş olmaları için lüzumlu hususlar, Ashabın İcma suretiyle ittihaz ettikleri kararlarla meydana gelmiş ve böylelikle evamiri ilâhiye tamamiyle açık ve sarih birer mahiyet iktisap etmişlerdir. Emri ilâhî ile farz olan namaz, zekât, oruç,hac gibi dinî vazifelerin tarzı icraları, ve bunların sahih bir şekilde ifa edilmiş olmaları için lüzumlu şerait; hep bu suretle intikal ettirilmiş, Ashabın ittifak üzere bulundukları reylere istinat eylemiş bulunmaktadırlar. Bu nevi vezaifi diniyeyi bildiren ve bir hükmü şer'î bulunan evamiri ilâhiye, icmaca, azamî bir titizlikle üzerinde durulan birer mevzu olarak telâkki edilmiştir. Burada tekrar tevatür hususunda vermiş olduğumuz izahatı hatırlatmak isteriz. Zira bu kabil mesailde, bir karara varmak için Ashab; mümkün olduğu kadar adetleri çok olarak toplanmakta ve o suretle ittihazı karar eylemekte idiler. Binaenaleyh büyük bir cemiyet halinde ittihaz edilen bu kararlar, yalan söylemek üzere ittifak etmelerine imkân olmayacak kadar adetleri çok şahitler tarafından intikal ettirilmiş bulunmaktadır.

Bu suretle, Ashabın ittifakıyle ittihaz olunmuş olan mukarreratı kabul etmeyen veya inkâr eden kimse kâfir olur.

(Küfür, İslâm Dinini inkâr etmek değildir. Küfür, İslâmî hakikat-

lerden birisini inkâr etmek suretiyle gizlemek demektir. İslâm müçtehitleri dinsizliği üç mertebe üzerine mütalâa etmektedirler.

1 — Küfür, İslâmî hakikatlerden her hangi birisinin inkâr edilmesi.

2 — İrtidat, İslâm Dinini terk etmek.

3 — Şirk, Allaha başka bir ilâh teşrik etmek.)

İkinci yol; Haberi Meşhur ile intikal ettirilen İcma kararları. Yani Ashab tarafından ittifak üzere ittihaz edilmiş olan bir reyin, birinci yolda olduğu gibi, bir çok kimseler tarafından olmayıp ta İslâmiyette râvi sıfatiyle şöhreti bulunan bir kimse tarafından intikal ettirilmiş bulunması halidir. Misâl: Übeyt İbni Selman tarafından ahlâfa intikal ettirilmiş bulunan İcma kararı gibi. Bu karara göre, Ashab, karısını boşamış olan bir müslümin, bu karının kezalik kocasından boşanmış olan kız kardeşini, iddet müddeti geçmeden nikâh edemez. Bu müddet, kadının boşanmış olduğu kocasından bir çocuğu olmak vaziyetini önlemek için üç ay on gündür.

Bu suretle intikal ettirilmiş olan kararları inkâr eden kimse kâfir olmaz, ancak, ahkâmı şer'iyeye karşı azgın ve sapkın nazarı ile bakılır.

* * *

DÖRDÜNCÜ FASIL

KIYASI FUKAHA

(De l'analogie légale établie par les jurisconsultes musulmans)

Kıyasın lûgat manâsı, bir şeyi aher bir şeyle takdir etmek demektir. Binaenaleyh lûgat manâsı ile Kıyas; bir sözün, bir fiilin veya bir şeyin kıymetinin aklı beşer vasıtasiyle takdiri demek olur. Hukuk tabiri olarak kıyas şu suretle tarif edilmektedir: Halli matlup bir meselede, o meseleyi halle yarayacak olan delilin, daha evvelce halledilmiş ve hükmü şer'iye raptolunmuş bulunan diğer meseledeki delilin ayni bulunduğunu isbat etmek, ve bu delil müşabeheti dolayısiyle evvelce halledilmiş olan mesele ile, halledilmesi matlup mesele arasında bir kıyas tesisi suretiyle, birinciye izafe edlmiş bulunan hükmü şer'yi, halli matlup meseleye de izafe eylemektir. Daha kısacası; evvelce halledilmiş olan bir meselenin hükmünü, bu meseleye mümasil ve müşabih bulunan, halli matlup meselede de izhar eylemektir.

Bu iki meseleden daha evvelce halledilmiş bulunup ta, Kıyasa esas tutulan meseleye "meseleyi asliye" ikincisine, yani birinciye Kıyas edilmek suretiyle halli matlup bulunanına ise "meseleyi kıyasiye" denir. Meseleyi Kıyasiye, meseleyi asliyeye nazaran, bir meseleyi fer'iyye teşkil eder. Misâl: Bir kimsenin diğer bir kimseye bilâhare, daha fazla bir miktarda olmak üzere bir miktar buğday vermesi faizi "riba" teşkil eder. Böyle bir harekette bulunmak Kur'anın haram olarak vasıflandırdığı bir fiili ika etmek demektir. Bu suretle tavsifin şer'î delilleri şunlardır :

1 — Ödünç verilen şeyin, buğday buğdaya olması dolayısiyle vasıflar arasında müşahebet mevcuttur.

2 — Verilip ve alınan şeyler arasında müsavat bulunmaması yani, bilfarz bir ölçek verip bir buçuk ölçek almak gibi. Bu iki delil ma-

lûm olunca yani, yekdiğerine mümasil olan bir nesnenin bilâhare fazlası ile alınmak üzere verilmesi delilleri zahir bulununca, pirincin ayni suretle fazlası ile alınmak suretiyle ödünç verilmesi keyfiyeti de; buğdayda mevcut delillerin ayni bulunduğu neticesine varılır. Yani her iki hâdisedeki delillerin müşabeheti isbat edilmiş olur. Binaenaleyh, pirincin fazlasiyle alınmak üzere ödünç verilmesi keyfiyetine, şer'î bir hüküm izafe edilmek istenildiği takdirde, buğday meselesine izafe edilmiş bulunan hükmü şer'î pirincin ribasına da izafe olunur. Ve bu hüküm pirinç meselesine kıyas suretiyle izafe edilmiş olur.

Usul uleması, içtihat edinmeleri için kendilerine arzolunan yeni yeni mesaili, daha evvelce halledilmiş bulunan müşabih ve mümasil meselelerdeki delillere, bu yeni meseleye tatbik etmek, suretiyle hal edegelmişlerdir. Bu suretle bir hal şekli elde edildikten sonra, daha evvelce halledilmiş bulunan meseleye mürettep hükmü şer'î, bu ikinci meseleye de terettüp etmektedir. Bütün bu sureti hallerin aslı nihayet, şariin o meseleyi tarzı halline dayanmaktadır.

Kıyasa esas teşkil eden yani (meselei asliye) olan mesail şunlardır:

1 — Ana meseleler (Mesaili ümmühatiyye).

2 — İlk üç İslâm neslini müteakip tehaddüs eden mesaili vakıa ve muakkipleri tarafından bir hükme raptedilmiş bulunan meseleler.

3 — İlk üç islâm neslini müteakip tahaddüs edip de muakkipler tarafından hal edilmemiş bulunan meselelerle, kezalik bunlardan sonra muhtelif derecelere mensup müçtehitler zamanlarında zuhura gelip zamanımıza kadar devam eden meseleler (mesaili nevaziliye).

* * *

A: ANA MESELELER
MESAİLİ ÜMMÜHATİYYE

İlk üç islâm nesline mensup müçtehitler tarafından bir şekli kat'îde kabul edilmiş bulunan ahkâmı şer'iyeye ana meseleler itlak olunur. İmam Muhammed ile arkadaşlarının, İmamı Azamdan gerek imlâ tarikiyle ve gerekse telif olmak üzere ahzetmiş bulundukları mesail bu cümledendir.

(Arap uleması, bir üstadın şakirtlerinin üstadlarının kendilerine vaki takrirlerini hiç bir kelime ilâve veya tenzil etmeksizin yazmalarına imlâ tarikiyle yazılmış eser, yine üstadın takrirlerini kendi noktai nazarlarını da ilâve etmek veya üstadın fikirlerini münakaşa etmek suretiyle yazmalarına da telif tarikiyle yazılmış eser ünvanını vermektedirler.) Birinci misal: Bir kimse, hasta iken gayri menkulünden birisini misil bedelile kızına satmış bulunsa da, bu satışdan sonra hastalık hiç bir suretle salâha yüz tutmadan devam ederek o kimse nihayet vefat etse; bu haldeki kimsenin hastalığına, hastalığın bidayetinden itibar edilmek üzere, ölümü intaç eden hastalık (marazı mevt) denilir. Böyle bir hal vukuunda diğer mirasçılar bu şekilde yapılmış bulunan bir satışdan dolayı kendilerinin zarar dide olduklarını iddia edecek olurlarsa, satış bedelini müteveffanın kızına iade ederek mezkûr gayri menkulü mirasa ithal ederler. Bu hüküm Ashabın en güzidelerinden bulunan ve ayni zamanda fevkalâde bir hukuk âlimi olan İmam Ali tarafından tesis edilmiş bulunmaktadır.

İşte İmam Ali tarafından tesis edilmiş bulunan bu hüküm, İslâm Hukukunda ana meselelerden birisini teşkil eder. Böyle bir halde, akdi, fesh eden sebeb diğer varislerin müşterek menfaatlarının ihlâl edilmiş bulunması esasına istinat etmektedir. Ölümü intaç eden bu hastalığa yakalanıp da bu hastalık esnasında mirasçılardan her hangi birisine, herhangi bir malını satan kimsenin hali de bu hükme kıyas edilerek aynı hükmü iktisap etmiştir. Yani böyle bir hastalık halinde, her hangi bir malını mirasçılardan birisine satan kimse, diğer mirasçıların hakkını müşterek menfaatını ihlâl eder mahiyette telâkki edilmiş, diğerlerinin talebi halinde bu akdin fesh edileceği kıyas yolu ile kabul olunmuştur. İş bu misalde görülen birinci şekli hal, meselei asliye olarak İmamı Ali tarafından halledilmiş, ikinci şekli hal ise birincisine kıyas edilerek kıyas yoluyla münhal bulunmuştur.

İkinci misal: Ashabı Peygamberî bir oğulun babası lehine şahadetde bulunamayacağını kabul etmiş bulunmaktadırlar. Bu hükmün sebebi oğul tarafından baba lehine vaki olacak şahadetin, baba lehine hasıl edeceği menfaat dolayısiyle oğulun da menfaattar bulunmasıdır. Bu şekli hallin esasını, tatbiki peygamberî teşkil etmektedir. Hazreti Peygamber babası lehine edayı şahadet etmek isteyen bir demirci çırağının şahadetini reddetmiştir. Resulullahın bu hareketi, şahidin vakî

şahadetiyle, bizzat kendisinin menfaattar olacağı hususlarda, bu şahadetin kabule şayan bulunmadığı kaidesini meydana getirmiştir. Ashab bu hükme istinat etmek suretiyle icma yolu ile bir karar ittihaz etmiş, şahidin vaki şahadetiyle kendisine menfaat temin edecek şahadetinin, kabule şayan bulunmadığı hükmünü vaz eylemişlerdir. Binaenaleyh, babası lehine şahadette bulunmak isteyen kimsenin şahadeti bu şahadetle kendisinin de menfaattar bulunacağı dolayısiyle, kabule şayan değildir. Zira, şahidin babası lehine vaki şahadet ile baba davayı kazanarak menfaattar olacak, ve elde ettiği menfaat dolayısıyla oğluna da o nisbette fazla yardımda bulunacaktır. Ayni sebeb, bir müteveffanın mirasından menfaattar olacak bulunan yakın akrabalar için de varittir. Binaenaleyh Kıyas yolu ile mütevaffanın mamelekini tezyit edecek olan bir davada binnetice mirasçı bulunmaları dolayısiyle kendi servetlerini de tazyid edeceği için, akrabaların şahadetinin kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir.

* * *

B: İLK ÜÇ İSLÂM NESLİNİ MÜTEAKİP HUDUS EDEN MESAİL (MESAİLİ VAKIA)

Bu kabil mesail ilk üç İslâm neslini hemen takip eden müçtehitler tarafından halledilmiş bulunmaktadır. Ancak, bu kabil mesailin, daha evvelki zamanlarda mevcut bulunduğuna, veya halledilmiş olduğuna dair bu zevatın eserlerininde hiç bir karine mevcut olmadığı gibi; daha evvelki zamanlardan intikal ettirildiğine dair hiç bir kayıt da mevcut değildir. Bunlar (Gayri zahirü'r-rivaye)lerdir. Bu kabil meselelerin büyük bir kısmı, yukarıki bahislerde bilmünasebe işaret etmiş olduğumuz, muteber altı kitabta; «Kütübü sittei mutebere» de mestur bulunmaktadır. Bu mesaili halletmiş bulunanlar, yukarda da söylemiş olduğumuz gibi, ilk üç nesli hemen takip eden hukukşinaslardır. Bu nokta; nazardan uzaklaştırılmayacak kadar mühim bir noktadır. Şu sebeble ki, bunlardan evvel, yani ilk üç İslâm nesli teşriine ait hukukşinaslar tarafından halledilmiş bulunan mesail, bu nesillere mensup hukukşinaslar için me-

saili vakıadan madut bulunsalar dahi, onları hemen takibeden hukukşinaslar için ana meselelerden sayılırlar. Yani, bu kabil mesail, ilk üç nesil hukukçularını hemen takip edenler için, kıyas kaziyyesini teşkil ederler.

Yukarda da söylediğimiz gibi, ilk üç İslâm neslini hemen takip eden hukukşinaslar tarafından halledilmiş bulunan bu (mesaili vakıa), belki ilk üç nesil zamanında da mevcut bulunmakta idi. Fakat o devrelere ait mukarreratı cami eserlerde bunların mevcudiyetine ait bir kayda tesadüf olunamamaktadır. Kezalik bu kabil mesaile ait bir hükmü şer'îye de rast gelinememektedir. Bu mesail o zamanlarda mevcut bulunmuş olsalar dahi, bu devreler hukukçuları tarafından tetkik edilmemiş bulunduğu neticesi zuhura gelmekte, ve binaenaleyh bunların matlup olan hal şekilleri için, o zamanlarda teessüs etmiş bir usul kaidesi mevcut bulunmamaktadır. İşte bunun içindir ki, ilk üç İslâm nesli hukukşinaslarını hemen takip etmiş bulunan müçtehitler, bu mesaili menabiden istihraç etmiş bulundukları asıllara irca etmek suretiyle halletmiş bulunmaktadırlar. Misal: Hem hasta hem de ödeyemeyeceği kadar borca müstağrak (Müstağrakı fi'd-deyn) bir kimse, her hangi bir malını satmış olsa, hatta bu mal tam değerine satılmış (ecri misil) bulunsa dahi, bu akit, bu borçlunun alacaklıları tarafından vefatını müteakip feshettirilebilir. Bu fesh imkânının sebebi, satan kimsenin sattığı mal üzerinde kâmil bir tasarrufa sahib bulunmamasıdır. Bu gibi hallerde müstağrakı düyun olan kimsenin mülkiyet hakkı hükmen tahdid edilmiş bulunmaktadır. Maliki bulunduğu emval, borçlarına karşı hükmen rehin edilmiş farz olunur.

Bu hükmün mesnedi, Hazreti Peygamberin hadîsidir ki şu mealdedir: «Veresiye satın aldığınız bir şeyi ancak o şeyin bedelini ödemek için satınız, bu takdirde dahi nezdinize bırakılmış bir rehin, bir emaneti satıyormuşsunuz gibi satınız.»

* * *

BÜTÜN BU DEVİRLERDEN SONRA ZUHUR EDEN MESAİL (MESAİLİ NEVAZİLİYYE)

İlk üç İslâm neslini müteakip husule gelen ve bütün devirler boyunca bu devirlerin bir zarureti olarak tahassül edegelmekte bulunan

mesail, bu guruba dahil bulunmaktadırlar. Bu meseleler diğer ikisinden, yani ana meselelerle, vaki meselelerden: 1 — Taallûk ettikleri mevzuların ilk üç İslâm nesli teşriisi zamanında mevcut bulunmaması; 2 — Münhasıran bu hadiselere mahsus olarak ibda edilmiş bulunan asıllara istinaden hal edilmemeleri noktalarında ayrılmaktadırlar. Binaenaleyh bu gibi meseleler, iki ana menba bulunan Kur'an ile Sünnet'ten istihraç edilmiş bulunan delillerle hal edilmemiş bulunmaktadırlar. Yalnız bu kabil mesailin Kur'an, Sünnet ve İcmadan istihraç edilen delillerle hal edilemeyecekleri manasına alınmamalıdır. Ancak bu mesail, ilk üç İslâm nesli zamanında mevcut bulunmadıkları için, bunlar için bu nesillerce, menabiden istihraç edilmiş, sırf bu meselelere mahsus, asıllar mevcut bulunmadığını ifade etmek lâzımdır. Yeni yeni zuhur eden bu mesaile tatbik olunacak şer'î hükümler diğer iki kısma giren, yani ana meselelerle, vaki meselelere doğrudan doğruya tatbik olunan hal şekillerinin kıyas edilmesiyle vücut bulmaktadırlar. Tabiri diğerle bu meseleler, hal olunmaları için istinat edilmiş bulunan deliller dolayısiyle, yeni yeni tehaddüs eden meseleler arasında bir hattı vasıl teşkil etmektedirler. İlk üç İslâm nesli teşriîsine ait ana meseleler, biraz evvel de söylendiği gibi, bu üç nesle mensup fukaha tarafından halledilmiş; onları hemen takip eden zamanlarda tehaddüs etmiş bulunan mesaili vakıa ise, bunları hemen takip eden fukaha tarafından mahlûl bulunmuştur. Gerek ana meselelerin, gerekse vaki meselelerin hal şekilleri; belli başlı iki menba bulunan Kur'an ve Sünnetten istihraç edilen delillere istinat etmektedir. Binaenaleyh bir meselenin kıyas kaziyesini teşkil edebilmesi için, ana veya vaki meselelerden bulunması lâzımdır. Yine tekrar edelim ki ana meselelerle vaki meseleler, ilk üç nesle mensup hukukşinaslarla, onları hemen takip eden hukukşinaslar tarafından halledilmiş bulunmaktadır. Bunların hal şekilleri, Kur'an ile Sünnet, veya İcmadan alınmış, ve bu meselelere doğrudan doğruya tatbik kabiliyeti bulunan delillere müstenit bulunmaktadır. Habluki bunlardan sonra zuhur eden mesail, ilk üç İslâm nesli teşriîsinden sonraki asırlarda vücut bulmuş olan mesaildir. Bunun içindir, ki bunların hal şekilleri aralarındaki müşabehet dolayısiyle vaki kıyas kaziyyesine (terme de comparaison) yani sebep ve illet müşabehetlerine bina'en ilk üç İslâm nesli teşriîsi ile o devri hemen takip etmiş olan zamanda halledilmiş bulunan ana meselelere ve vaki meselelere Kıyas edilmek suretiyle vücude gelmekte-

dir. Hülâsa, gerek ilk üç İslâm nesli teşriîsince halledilmiş, ve gerekse onları hemen takip eden fukaha tarafından daha evvel hal edildiklerine dair her hangi bir kayda destres olunamayarak, kendileri tarafından münhal bulunmuş olan ana meselelerle, vaki meseleler haricinde kalan bilumum mesail, bu guruba dahil bulunmaktadır ki, bu mesail, Kur'an ve Sünnet ile İcmadan alınmış olan doğrudan doğruya delillerle halle iktiran edilmemiş olup; İslâm mevzuatı hukukiyesine ancak Kıyasa ait usul ve kaidelerin tatbiki yolu ile islâmileştirilmek suretiyle girmiş bulunmaktadırlar.

* * *

Bu üç çeşit meselelerden birincisi olan ana meselelerle, ikincisi bulunan vaki meselelere ayni zamanda (içtihat suretiyle halledilmiş meseleler) de denir (mesaili içtihadiye). Üçüncü guruba dahil bulunan, yani bütün bu devirlerden sonra hudus etmiş bulunan mesaile müstanbit veya müstahreç meseleler ünvanı da verilmektedir. Ana meselelerle vaki meselelerde, Kur'an ile Sünnetin nass teşkil eden emirleri mucebince münhal olup olmadıklarına göre, bir tarife tabi tutulmaktadırlar. Nass halinde bulunan evamire istinat etmek üzere halledilmiş bulunanlara, mansus mesail denilmektedir. Bu mesailin hallinde nass, doğrudan doğruya halli matlup meseleye tatbik edilmekte, hukukşinas bumeseleyi hal için her hangi bir ameliyeyi zihniye icrasına lüzum görmemektedir. Misal: Şarabın memnuiyeti meselesi gibi. Kur'an şarap hakkında: «şarap sizin için haram kılındı» hükmünü nass şeklinde vazetmiş bulunmaktadır. Artık burada bir hükmü şer'iyi istihraç için hukukşinasın yapacağı bir iş yoktur.

Ana meselelerle, vaki meselelerin nass halinde bulunan evamire istinat etmeyenlerine ise icmaî meseleler (mesaili icmaîye) denilmektedir.

Bütün bu izahattan anlaşılacağı üzere, İslâm mevzuatı hukukiyesinin dördüncü menbaını teşkil eden Kıyası Fukahanın vazifesi; ana meselelerle vaki meselelerin haiz bulundukları ahkâmı şer'iyenin sebeb ve illetlerini tesbit etmek, böylelikle bu meseleleri bir kıyas kaziyesi haline getirmek, ve halli matlup meselede de ayni sebeb ve illetinin mevcudiyetini ispat ettikten sonra ana meselelerle vaki meselelere tat-

bik edilmiş bulunan hükmü şer'înin bu ikinci meseleye de kabiliyeti tatbikiyesi mevcut olduğu hükmünü tesis etmekdir.

Bu ikinci meselenin, daima, ana meselelerle vaki meseleler haricinde kalan, yeni tehaddüs etmiş bir mesele bulunduğunu unutmamak lâzımdır.

Biraz uzunca olan ve yukardan beri devam eden izahatı vermekten maksadımız, kıyasın ne zaman kullanılacağını sarih bir surette tebarüz ettirmek ve böylelikle kıyasın anasırı ile mekanizmasına ait tafsilâta, yani İslâm Hukukunda kıyas yolu ile meselelerin halli için lüzumlu usullere dair verilecek izahata bir zemin hazırlamak içindir.

* * *

KIYASIN ANASIRI

(Des éléments de l'analogie)

Kıyas yolu ile hallin vücut bulabilmesi için lüzumlu unsurlar ikidir.

Birinci unsur: Halledilmiş bulunup ta ikinci mesele için kıyas kaziyesi teşkil edecek olan meseledir. Yani halledilmiş bulunan ana mesele veya vaki mesele halli matlup meseleye tatbik edilmesi dolayısiyle, kıyasın birinci unsurunu teşkil etmektedir.

İkinci unsur: Halli matlup olup ta evvelce halledilmiş bulunan meseleye tevfikan halledilen mesele de kıyasın ikinci unsurunu teşkil eder.

* * *

KIYASIN VECİHLERİ

(Des modalités de l'analoğie)

Kıyasın iki veçhi vardır ki, ikincisi ayrıca hususî dört usule tabi bulunmaktadır.

Bu vecihler kıyasın bir kıymeti hukukiye iktisap etmesi için lüzumlu şartlar olduğu için, bu suretle yad edeceğiz ki, şunlardır:

Birinci şart: Kıyasa esas teşkil edip te Kur'anın ve Sünneti Peygamberînin nass şeklinde âmir bulunduğu deliller vasıtasiyle hal-

ledilmiş bulunan meselenin isbat kabiliyetinin; münferit bir hadiseye teallûku dolayısiyle başka bir delil ile tahdid edilmemiş bulunması lâzımdır. Msal: Hazreti Peygamberin «Huzeyfe'nin huzuru adalette tek başına şahadet etmiş olması kâfidir.» mealindeki hadîsi gibi. Peygamberin nass halinde olan bu sözü, bir kıyas kaziyesi teşkil ederek kıyasa esas olamayacağı gibi, bu söze imtisalen mümasil hâdiselerde tek bir şahidin şahadeti de kabul olunamaz. Zira Hazreti Muhammedin Sahabesi hakkında söylemiş bulunduğu söz, o Sahabenin tek bir hadiseyi hukukiyeye mahsus şahadeti hakkında irat buyurduğu bir kelâmın hududu ile mukayyet bulunmakta, ve başka bir delil ile tahdit edilmiş olmaktadır. O delil de «İki erkek şahidin şahadetiyle isbat ediniz» emri celilidir.

İkinci şart: Kıyas Kaziyesi teşkil eden meseleye mürettep hükmü şer'înin her türlü tereddütten azade bir şekilde teessüs etmiş bulunması, ve şek ve iphamdan ârî bir şekilde intikal etmiş olması lâzımdır. Bu şartın tahakkuku İslâm hukukçularınca bir takım yollara müracaat suretiyle elde edilmektedir ki, bu yolların adetleri dörttür.

1 — Zahir ve açık bir sebebe müstenit olan yol (İlleti celî)

2 — Hafî bir sebebe müstenit olan yol (İlleti hafî)

3 — Mantıkî bir münasebete müstenit olan yol (münasebet)

4 — Bu hususla iştigal eden ulemanın reylerine müstenit olan yol (reyi hüzzak)

Birinci yol: Zâhir sebeb, (illeti celi). Manası açık ve sarih olan ve hukukî bir lâfız bulunan bir kelime ile tezahür eder. Misal: Usulüne tevfikan inikat etmiş bir satış akdine kıymeti hukukiye ve kıymeti icraiye izafe eden husus, (akit) kelimesinin mevcudiyetidir. Satış muamelesi meşru bir muamele olup hâkim tarafından bu muamelenin meşruiyetine itina gösterilmek lâzımdır. Zira bu muamele «Akitlere riayetkâr olunuz» mealindeki emri ilâhîye istinat etmiş bulunmaktadır. Kiralama akdine gelince: Bu akitle İslâm Hukukşinasları, satış akdine dair ahkâmı vaz' ettikten epey bir müddet sonra karşılaşmışlardır. Bu akdin İslâm Hukukuna girmesi sebebi, satış akdine müşabeheti dolayısiyle kıyas yolu iledir. Burada kıyas kaziyesini teşkil eden satış akdinin evsafında mevcut bulunan meşruiyet, icare aktini de meşru kılmıştır. Bu meşruiyeti; zahir ve açık bulunan bir bu yol ile, illeti celî ile elde etmekteyiz. Ef'ali beşeriyeden satış akdine izafe edilmiş bulunan meşruiyet; (akit) idadına dahil bulunduğu içindir. Tıpkı satış akdi gibi, icra

akdi de (akit) mefhumuna dahil bulunmaktadır. Her ikisi de usulüne tevfikan icap ve kabul ile vücut bulan muamelâtı beşeriyedendir. Binaenaleyh fikri beşerin hiç bir zahmet çekmesine lüzum olmadan, satış akdine kıyas olunabilmektedir. Aksine misal: Ekseri namazlar dört rek'at üzerine müesses bulunmaktadırlar. Bunların dört olması sebebi bizce malûm bulunmadığı için bunu bir kıyas kaziyesi olarak ele alıp, ayni mahiyetteki meseleleri bu kıyasa istinat etmek suretiyle halletmek yoluna gidilemez. Namazlardaki rek'atlerin sebebi menabiden intikal ettirilmiş bulunan malûmatta mevcut bulunmamaktadır. Binaenaleyh bu hükmü şer'îyi bir kıyas kaziyesi olarak ele almaklığa imkân yoktur.

İkinci yol: Hafî olan sebeb. Her hangi bir tabiri hukukî ile manâsı açıklanmamış bulunan kelimenin, fikri beşer vasıtasiyle zahir hale konulması yoludur. Misal: Farz olan zekâtın sebebi vaz'ı islâm hazinesini zenginleştirmek ve böylelikle harp levazımatını daha iyi bir surette temin etmek, amme maslahatını daha verimli bir şekilde tedvir etmektir. Zekâttan gayri diğer malî tekliflerin sebebi de aynidir. Gerçi bu sebeb, sarih bir şekilde bildirilmemiş, hafi olarak kalmıştır. Binaenaleyh bu kabil vergilerde de (farz-vacip) olmak vasfı mevcuttur. Bu vasıf bu kabil vergilere, zekât ile kıyas edilmek suretiyle, zekâtın malûm olan vasfına teb'an izafe edilmiş bulunmaktadır.

Birinci ciltde vecibelerden bahsederken bunları dörde ayırmış ve bunların: 1 — İfa edilmemeleri cemiyet için zarar tevlit eden, 2 — İfa edilmemeleri cemiyet ve ferd için zarar husule getiren, 3 — İfa edilmemeleri bu dünyada bir zarar tevlit etmeyip ahirette zarar tevlit eden, 4 — Müminlerden bir kısmı tarafından ifa edilmiş olmaları, gerek bu dünyada gerekse ahirette bütün İslâm cemiyetini zarardan vikaye eden kısımlarını muhtevi bulunduğunu izah etmiş idik.

Bu dört kısımdan ilk ikisi, yani ifa edilmemeleri cemiyet için ve ferd için zararlı bulunanlardır ki, ancak kıyas kaziyesini teşkil etmektedirler. Öşür, zekât, harac, hac, cihat gibi. Bütün bu vecibelerin sebebi açık ve sarihtir. Bu sebebi anlamak için fikri beşerin hiç bir mesaiye ihtiyacı yoktur. Diğer iki kısım vecibelere ait sebepler ise, bizce malûm değildir. Binaenaleyh bunların kıyas kaziyesi olarak telâkkilerine imkân yoktur.

Üçüncü yol: Bu yol kıyasa, kıyas kaziyesi teşkil eden mesele ile kıyas olunacak mesele arasındaki mevcut mantıkî münasebetler dolayı-

siyle müntehi olmaktadır. Bu münasebeti mantıkıye dolayısiyledir ki, birincisine ait olan hükmü şer'î, ikinciye de tatbik edilmektedir. Bunun için ikinci meselenin haiz bulunduğu evsafın, birincisi ile mütenasip bulunması lâzımdır. Misal: Ahval ve ahlâkı mahkemece malûm bulunmayan bir şahıs, şahadet etmek için kabul olunabilir. Bu adam hâkim için meçhul bir şahıstır. O ana kadar mahkeme huzurunda hiç bir suretle isbatı vücut etmemiştir. Bu şahsın her hangi bir töhmet altında o ana kadar mahkemeye gelmemiş olmasına göre, salih bir adam farz olunması ve binaenaleyh şahadetinin kabul edilmesi lâzımdır. Bu şahsın şahadetinin kabul edilmesi, o ana kadar her hangi bir töhmet ile mahkeme huzuruna gelmemiş olması hadisesidir.

Ahval ve ahlâkı meçhul bulunan kimsenin şahadetine itibar edilmesi keyfiyeti bir kıyas kaziyesidir. Hâkimce şahsı meçhul olan bir kimsenin şahadetinin tezkiye tarikiyle kabul edilmesi meselesi, bu asla kıyas edilerek halledilmiş bulunmaktadır. (yukardaki bahislerde de bilmünasebe söylemiş olduğumuz veçhile tezkiye, mahkemece şahsı meçhul bir kimsenin şahadeti kabul edilebilmek için mübaşir vasıtasiyle o kimsenin, pazara gönderilerek ahlâk ve ahvali hakkında bilenlerden malûmat istihsalidir).

Tafsil edelim: İslâmiyette mahkemece şahsı ve ahvali meçhul bulunan bir kimsenin tezkiye yolu ile, yani mübaşirin o kimseyi hüsnü ahlâk ile tanınmış kimselere göstererek mahkemeye o suretle takdimi üzerine mahkemece bu şahıs şahadet etmeye lâyık telâkki edilebilip edilemeyeceği meselesi münakaşa mevzuu olmuş; mesele, şahsı meçhul kimsenin o ana kadar mahkemeye hiç gelmemiş olmasına nazaran salih bir kimse farz olunarak şahadetinin muteber olacağı kaziyesine kıyas edilmek suretiyle müsbet bir şekilde halledilmiştir. Bu, muteber bir kıyasdır. Zira her iki mesele hükümleri arasında sahih bir münasebet mevcut bulunmakta olduğu gibi neticeyi ameliyeleri de aynıdır. Her iki meselenin de hüküm sebebleri birdir. Her ikisinde de, mahkemede ispatı vücut etmiş olan şahıs, o ana kadar her hangi bir fiili memnuu ikaı suretiyle mahkemeye gelmemiş bulunmaları dolayısiyle mahkemece meçhuldürler. Her ikisinin şahadetlerinin kabul edilmeleri dolayısiyle, tatbikatı ameliye bakımından da bir birinin aynidirler.

Vermiş olduğumuz bu misalin kıyas üzerine kıyas (kıyas alel kıyas) olduğu zannına düşülmesin. Meselenin birisi esasen, «Şahadette

bulunan bir müminin gerek şahsı hakkında, ve gerekse şahadet ettiği mesele hakkında hakikatın isbatı bakımından, malûmat edininiz» mealindeki ayeti kerimeye istinat etmektedir. Bu delil mümin olmayan kimsenin memlekette ahlâkı ile tanınmış kimselere tezkiye ettirilmeden şahadeti kabul olunabilir, tarzında bir mana taşıması itibariyle asıllara irca edilmiş bulunmaktadır.

Dördüncü yol: Kıyas kaziyesi teşkil edecek olan mesele ile kıyas olunacak mesele arasındaki etibbanın veya sair ilim adamlarının «etibbayı hazika ve huzzaki selime» reyleriyle müşabeheti tamme mevcut bulunduğunun anlaşılması yoludur. Misal: Teşrih ilmi, midede müteaffin maddelerle, necis olan maddelerin mahlût bir halde mevcut bulunduğunu göstermektedir. Tıp alimleri midede mevcut bu müteaffin kokulu ve necis bulunan maddelerin (kusmak) fiilini meydana getiren ağız tarikiyle dışarı çıkmak istidadında bulunduklarını kabul etmektedirler. Bu istidat dolayısiyledir ki, kıyas tarikiyle, ağız dolusu kusmaların necise müşabeheti kaidesi vaz olunmuştur. Binaenaleyh ağız dolusu kusan bir kimseden çıkan kusuntular dolayısiyle o kimsenin abdesti, tıpkı helâya giderken abdest etmek suretiyle necaset çıkaranın abdesti gibi bozulur. Bu kaide; insanın abdest etmek suretiyle çıkardığı pis maddelerle ağızdan kusmak suretiyle çıkan maddelerin yekdiğerine müşabehetlerinin tıp alimleri reyile tahakkuk etmiş bulunmasına bina'en kıyas yolu ile tesis edilmiş bulunmaktadır.

Üçüncü şart: Kıyas kaziyesini teşkil eden mesele, Hazreti Peygamberin bir kelâmına istinaden hüküm iktisap etmiş bulunduğu takdirde, bu kelâmı nasıl bir hadise hakkında ve ne gibi bir maksatla sarfedilmiş olduğunun bilinmesi lâzımdır. Bu, öyle lüzumlu bir şarttır ki bu husus tesbit edilmemiş bulunduğu takdirde, icra olunan kıyasa sahih nazarı ile bakılamaz. Misal: Hazreti Peygamber, seleme müsaade etmişlerdir. Bu müsaade müşarünileyhden sadır olmuş bulunan «Muayyen ölçüler ve muayyen mehillerle selemle satış yapınız» hadîsine müstenit bulunmaktadır.

Selem yukariki bahislerde bilmünasebe bahsetmiş olduğumuz veçhile, ekilmiş ve fakat henüz kemale ermemiş bulunan bir nesnenin, kemale ermemiş haldeki satışına itlak olunmaktadır. Bilfarz ekilmiş olupta henüz topraktan başlarını çıkarmış olan buğdayın satılmış olmasına selem akdi denir.

Ekilmiş olan hububata müteallik olan selemi; hukuk uleması henüz imal edilmemiş bulunan sanayi istihsaline de kıyas tarikiyle teşmil etmiş bulunmaktadırlar. Kunduracıya giderek ayağının ölçüsüne göre, bir çift ayakkabı siparis ederek daha yapılmadan fiatını tesbit eden kimsenin, yapmış olduğu akit gibi. Kezalik bir fabrikatöre dokumak için fiatını evvelden tesbit ederek kumaş sipariş eden kimse de, selem aktine kıyas edilen bir akitle fabrikatöre bağlanmıştır ki, bu akte «bey'i istisna» denir. Sanayi mevaddına müteallik bulunma bu akit, bilâhare tahaddüs etmiş bir meseledir. Bu yeni mesele ile, selem arasındaki benzerlik tamam ve sahihdir. Istısna aktinde de tıpkı selemde olduğu gibi icap ile kabul mevcut bulunmakta, satılmış olan nesne (mebi) mevcut bulunmamaktadır. Mebi, selemde nasıl tarlada henüz kemale ermemiş bir vaziyette bulunmakta ise, ıstısna akdinde de mebiin vücut bulmasına yarayacak bulunan iptidaî maddeler, sanatkârın elinde mevcut bulunmakta, selemde olduğu gibi, hububat tarlada baş verme suretiyle nasıl görülmekte ise, bu iptidaî maddeler de görülmektedir. İki akit arasındaki bu tam ve mutlak müşabehete rağmen bu iki akit arasındaki kıyas; bu mutlak müşabehete bina'en kabul edilmemiş ancak, Hazreti Peygamberin selem hakkındaki hadîsinin taallûk ettiği meseleye istinat ettirilmiştir.

Dördüncü şart : Kıyas kaziyesini teşkil eden meseleye mürettep hüküm, tek bir hâdiseye, yani bir tek meseleye münhasır olmayıp; mevzuatta benzeri hadiselerde de ayni hükmün cari olması lâzımdır. Başka bir deyimle, ana veya vaki meselelerin mevzuu münferit, bir vaziyete göre halledilmek suretiyle tatbik edilmemiş bulunmalıdır. Misal: Satış aktinin meşruiyetini gösteren ana mesele gibi. Bu meşruiyet, bütün akitleri istihdaf eden (akitlere riayetkâr olunuz) kelâmına istinat etmektedir. Satış akdi ise, bu hadîsi peygamberîye istinat etmiş tek, münferit bir akit değildir. İslâm Hukukunda bu hadîsi peygamberîye istinat eden bir çok akitler daha mevcut bulunmaktadır. Şu halde, beyi akdi mevzuatı islâmiyede akit mefhumu altında bir çok mümasilleri bulunan bir akittir. Nitekim, beyi akdinin mevcudiyetinden çok sonralarıdır ki, İslâm Hukukunda kiralama akdi vücut bulmuştur. İşte kiralama akdi, ana mesele olan beyi akdine kıyas olunmak suretiyle halledilmiş bulunmaktadır. Aksine misal: İslâmiyet, seyahat esnasındaki mahrumiyetlere, sair mahrumiyetlerden ziyade bir kıymet izafe etmiş ve bu mahrumiyetleri

imkân nisbetinde hafifletmek için, ahkâmı mahsusa vaz eylemiştir. Bütün bu hükümler ya Kelâmullaha, yahut ta hadîsi peygamberîye müstenit bulunmaktadırlar. Ancak seyahat esnasında vaki mahrumiyetlere mahsus olan bu hükümler, hayatı beşerin her hangi bir safhayı hayatiyede maruz kalacağı mahrumiyetlere bir kıyas kaziyesi teşkil etmemektedir. Bu hükümlere istinat suretiyle kıyas tarikiyle mümasili meselelerin halline imkân yoktur. Seyahat esnasında maruz kalınacak mahrumiyetler, abdest, namaz, oruç gibi ibadata müteallik hususî hükümlerin vucudüne sebebiyet vermiştir. Müsamaha tevlit eden bu hükümler, seyahatın devamı müddetine maksur ve münhasırdır. İmdi: Sırf seyahat eden kimselere mahsus bulunan bu hükümlerin, kıyas tarikiyle başka türlü mahrumiyetlere maruz bulunan kimselere teşmil edilemeyeceği aşikârdır.

Beşinci şart: Bu şart, menfi bir şarttır. Şariin, halli matlup bulunan meseleyi doğrudan doğruya, kıyasa müracaat etmeksizin halle yarayacak sarih ve kat'î bir kelâmının mevcut bulunmamış olması lâzımdır. Zira böyle nass halinde bir emrin mevcudiyeti halinde, esasen kıyasa lüzum kalmamış, halli matlup mesele o emri kat'î ile kendiliğinden halledilmiş bulunmaktadır. Misal: Biraz evvel zikretmiş bulunduğumuz selem akdi gibi. Selemin meşruiyeti sarih ve kat'î olan hadîsi peygamberîye istinat etmektedir.

Binaenaleyh bu akdin meşruiyeti için, başka bir akde kıyas tarikiyle meşruiyet hükmü çıkarmağa hiç bir lüzum mevcut değildir.

* * *

KIYASIN LEVAZIMATI

Levazımat tabiri, insanın mevcudiyetini idame için lüzumlu bulunan şeylere itlak olunur. Hukuk tabiri olarak levazımatın manası mahduttur. Kıyası Fukahanın vücude gelmesi için mevcudiyetleri lüzumlu olan hususlara, levazımat denilmektedir.

Levazımat tabiri daha ziyade, kıyas kaziyesini teşkil etmek üzere halli matlup meselenin çözülmesine yarayacak bulunan aslî meselenin, haiz olmaması lâzım gelen şartları göstermek için kullanılmaktadır.

Kıyas kaziyesini teşkil edecek olan aslî meselenin; mahiyetlerini biraz sonra açıklayacağımız altı şartı muhtevi bulunması lâzımdır. Bu şartları açıklamağa başlamadan evvel, bilumum ahkâmı şer'iyenin, halli matlup meseleye tatbik edilmek suretiyle, kıyas kaziyesi teşkil edemeyeceklerini işaret etmek faydalı olacaktır. Bu bakımdan, yani bütün ahkâmı şer'iyenin kıyas kaziyesi teşkil edip edemeyecekleri noktasından ahkâm; iki kısma ayrılmaktadırlar:

A — Hudutlariyle mahdut bulunan ahkâmı şer'iye ki, bunlara "kasır" hükümler denilmektedir. Bu kabil ahkâm ancak müayyen, tek bir meseleye ait olup, diğer meselelere tatbik olunmak imkânından mahrumdurlar. Bunun için de kıyas kaziyesini teşkil edemezler. Misal: Zekât, öşür, gibi varidattan Beni Haşim kabilesi efradının, Hazreti Peygambere Karabetleri dolayısiyle, istifadeleri memnudur. Bu kabil varidattan intifa etme memnuiyeti, mahdut ve mukayyettir. Yalnız Hazreti Peygamberin karabeti dolayısiyle, o kabileye mensup kimseler hakkındadır. Binaenaleyh tek bir meseleye maksur ve mahdut olan bu hüküm kıyas kaziyesi suretiyle, halli matlup diğer bir meseleye tatbik olunamaz.

B — Ahkâmı saireye tatbik kabiliyetini haiz bulunan hükümler ki, bunlara da müteaddi hükümler denilmektedir. Bu kabil mesailin haiz oldukları hükümler ne mahiyetleri itibariyle, ne de delil vasfını haiz bulunmaları hasebiyle, yalnız ait oldukları meseleye inhisar etmezler. Mahdut ve mukayyed değillerdir. Müşabehet arz eden meselelere de tatbik olunabilirler. Birinciler, yani kasır bulunan hükümler de ayrıca iki nev'e ayrılmaktadırlar.

Birinci nevi. Yalnız ait oldukları meselelere maksur ve münhasır bulunan ahkâmı şer'iyeyi muhtevi bulunmaktadır. Bunların sair her hangi bir meseleye tatbik kabiliyetleri mevcud değildir. Bunların sair meselelere tatbik edilememesi keyfiyeti mahiyetleri icabıdır.

İkinci nev'e dahil bulunanlar da, ait oldukları meselelere maksur olup sair meselelere tatbik olunamazlar. Ancak bunların tatbik olunamamaları keyfiyeti haiz bulundukları mahiyet itibariyle olmayıp, tatbik olunamamaları için gerek Kur'anda ve gerekse Hadîste sarih emirler mevcut bulunması dolayısiyledir. Gerek mahiyetleri itibariyle olsun ve gerekse Kur'an ve Hadîsteki emirleri dolayısiyle bulunsun, başka

meselelere tatbik kabiliyeti mevcut bulunmayan ahkâm hakkında şu izahatı ita ettikten sonra sair meselelere tatbik olunabilme kabiliyeti mevcut olan, yani kıyas kaziyesi teşkil etme istidadını haiz bulunan hükümlerin haiz olmaları lâzım gelen şartlar, daha kolaylıkla tetkik olunabilir.

Biraz yukarda da beyan ettiğimiz gibi kıyas kaziyesini teşkil eden, tabiri diğerle halli matlup bir meseleyi hal için esas ittihaz olunan hükümlerin altı şartı ihtiva etmesi lâzımdır:

Birinci şart: Başka bir meseleye tatbik olunacak bulunan meselenin teaddi edebilmek kabiliyeti mevcut bulunması yani, haiz olduğu hükmü şer'inin halli matlup meselelere tatbiki imkânı mevcut olmasıdır.

İkinci şart: Tatbik olunacak hükmün, İslâm Hukukunca (hükmü şer'î) idadına dahil hükümlerden bulunması.

Üçüncü şart: Bu hükmü şer'inin nass ile sübut bulmuş olması. Yani her hangi zihnî bir faaliyete lüzum hissettirmeyen bir emirle isbat edilmiş bulunması lâzımdır. Bu hükmün yukardaki bahislerde izah etmiş bulunduğumuz mansus hükümlerde, veyahut ta yine yukarda mahiyetlerini izah etmiş bulunduğumuz ana veya vaki meselelerde olduğu gibi, delil ve asıllara istinat edilmek suretiyle halledilmiş bulunan içtihadî hükümlerden olması şarttır.

Dördüncü şart: Meselei fer'iyeye tatbik olunacak olan meselei asliyenin; bu tatbik esnasında hiç bir tadile ihtiyaç hissettirmediği hususunun sarih ve açık bulunması lâzımdır. Tabiri diğerle, kıyas kaziyesini teşkil eden mesele, kıyas olunacak meseleye en ufak bir tadile lüzum görülmeden tatbik edilebilmelidir. Yani halli matlup bulunan meseleye tatbik olunacak olan hükmü şer'î, bu tatbik olunabilme kabiliyetini ihraz için, tefsire muhtaç bulunmamalıdır.

Yalnız tek bir hâdiseye maksur ve münhasır bulunan bir hükmü şer'î mansus dahi olmuş olsa, tavsif etmiş bulunduğu meseleden gayri bir meseleye tatbik olunmak imkânı mevcut değildir. Misal: Yemin nakzında, üç gün müddetle kefaret orucu tutulması, mansus bir hükmü şer'îdir. Abdullah İbni Mes'ut bu orucun bir biri ardınca (mütetabiat) tutulması kaydını ilâve etmiş, ve ayeti o suretle tefsir suretiyle okumuştur. Binaenaleyh bu ayet, Abdullah İbni Mes'ut tarafından (bir biri ardınca) kaydının ilâvesiyle tefsir suretiyle mansus bir hüküm haline

gelmiştir. Bu suretle tefsir suretiyle, münhasır bir hâdiseye irca edilmiş olan bu hüküm, artık oruç tutmağı istilzam eden başka kefaretlere tatbik olunabilmek imkânından mahrum bulunmuştur. Üç gün oruç tutmağı amir bulunan diğer kefaretlerde de, kefareti irca edecek olan kimse bu üç gün orucu bir biri ardınca olmayıp, istediği gün tutmakta muhtardır.

Beşinci şart: Halli matlup mesele ile, kıyas kaziyesini teşkil edecek bulunan mesele arasında vasıfları ve fiilî neticeleri bakımından tam bir müşabehet mevcut bulunmalıdır. Aksi halde, kıyas imkânsız bir hale girer. Misal: onar onar, yahut düzine halinde, veya çift olarak mütefavit adetler halinde satılan nesnelerde satıcının alıcıya iblâğ etmiş bulunduğu «Miktarı müsemma» da noksan mevcut bulunduğu takdirde, alıcı, satılmış olan nesneyi kabul edip etmemekte muhtardır. Kabul ettiği takdirde, noksan çıkan kısmın bedelinin aralarında takarrür ettirmiş oldukları fiattan tenzil edemez. Bir kafeste mevcut bulunan tavuk ve piliçleri şu kadar tavuk ve şu kadar piliç diye tefrik etmeksizin, yalnız şu kadar baş hayvanı şu kadar meblâğa satmış olan bir adamın vaziyeti gibi. Müçtehitlerden İbni Tufeylî bu meseleyi, mütekarrip adetlerle satış meselesine kıyas etmek suretiyle halletmek istedi. Yani, bir sepette mevcut bulunan adedi gayri muayyen yumurtaları onar onar, yahut düzine halinde satmayıp ta yumurtaların adedini takribi olarak söyleyerek şu sepette gördüğün yumurtalar takrîben yirmi kadardır. Şu kadara satıyorum, diyen adamın vaziyeti hukukiyesiyle kıyas etmek teşebbüsünde bulundu. Böyle bir alım satımda yumurtalar satıcının takribî olarak söylemiş bulunduğu adet miktarınca çıkmadığı takdirde alıcı yumurtaları, ancak noksan çıkan bedelin kıymetini, tenzil etmek suretiyle alır. Tufeylî bu mesele ile, kafeste satılan tavuk ve piliçler meselesi arasında bir müşabehet görmekte ve aralarında kıyas carî olacağını zannetmekte idi. İddiasını noksan çıkan yumurtaların da birer hacim sahibi bulunduklarının, ve binaenaleyh yine birer hacim sahibi bulunan noksan çıkan tavuk veya piliçlere müşabih bulunmasına istinat ettirmekte idi. Diğer müçtehitler her iki mesele arasında tam bir münasebet mevcut bulunmaması dolayısiyle, bu iddiayı reddettiler. Bunlara göre, iki mesele arasında münasebet mevcut değildi. Zira bir sepette 100 adet yumurta farz olunsa, verilen bedelin bu yüz adet yumurtaya taksimi ile noksan çıkan yumurta bedelinin bulunması gayet kolaydır. Ve

binaenaleyh tenzil edilecek bedel, kolaylıkla tezahür etmiş olur. Fakat tavuk ve piliçlerde mesele böyle değildir. Satıcı kafeste mevcut tavuk ve piliçlerin yüz kadar olduğunu beyan etmiş olsa da, kafeste seksen adet tavuk ve piliç zuhur etmiş olsa, noksan zuhur eden tavuk ve piliçlerin kıymetini yumurtalarda olduğu gibi, kolaylıkla bulmağa imkân yoktur. Zira satıcı kafeste kaç adet tavuk ve kaç adet piliç bulunduğunu söylememiş, hepsini birden yüz rakamı ile ifade etmiştir. Bir tavuğun kıymeti, pilicin kıymetinden fazladır. Bu hal muvacehesinde söylenilen adetten noksan çıkan tavuk ve piliç fiatını kat'iyetle tayin ederek bedelden tenzil etmeğe imkân mevcut değildir. Binaenaleyh alıcı muhayyerdir. Ya akdi fesh ederek tavuk ve piliçleri almaktan vaz geçer, yahut akde rıza gösterir. Akde rıza gösterdiği takdirde, tekarrür ettirilmiş bulunan bedeli aynen vermek mecburiyetindedir.

Altıncı şart : Halli matlup bulunan meselenin doğrudan doğruya kendi üzerine mürettep bir hüküm ile tavsif edilmiş bulunmaması lâzımdır. Zira, bu halde, açık ve kat'î bir hüküm ile tavsif edilmiş bulunan bir hâdisenin kıyas yolu ile halli gibi, mantık ve aklın istiap edemeyeceği bir keyfiyete tevessül edilmiş olur.

Aşağıda vereceğimiz misal, kıyasın teşekkül edebilmesi için lüzumlu bulunan ve yukardan beri izah etmiş bulunduğumuz şartların mahiyetini daha iyi bir şekilde anlatmış olacaktır. Bu misal, dediğimiz bütün şartları cami olduğu için her şart için ayrı ayrı misal göstermek zahmetine de katlanılmamış olur. Bu misal, rakıya ait hükmü şer'inin izahından ibarettir. Bu hükmü tahlil edelim:

1 — Bu hüküm için hükmü aslî, yani kıyas kaziyesi, şarabın haram olduğuna dair memnuiyettir. Bu memnuiyet, şariin doğrudan doğruya bir emri ile teessüs etmiş bulunmaktadır. Allah tarafından inzal edilmiş bulunan bu emrin sair içkilere teşmil edilebilmek istidadı mevcut bulunduğu da görülmektedir.

2 — Bir nesnenin haram, yani gayri meşru telâkki edilmesi, bir hükmü şer'idir.

3 — Şarabın haram olduğuna dair hüküm, nass olan bir emri ilâhi ile sübut bulmuş olmaktadır.

4 — Bu hüküm rakıya da tatbik olunduğu takdirde hiç bir tadil veya tebdile uğramamakta, aynen tatbik edilmektedir.

5 — Şarap ile rakının arasında mutlak bir şekilde bir mümaselet ve müşabehet mevcuttur; her ikisi de tahammür etmiş bulunup, ayni şekilde sarhoşluk verici bulunmaktadırlar.

6 — Doğrudan doğruya rakı hakkında ayrı bir hüküm mevzuatta mevcut bulunmamaktadır.

Görülüyor ki rakının şaraba kıyası suretiyle ayni hükmü almasında zikrettiğimiz altı şartın cümlesi de mevcuttur. Binaenaleyh bu kıyas hukukî kıymeti haiz, muteber bir kıyastır. Kıyası Fukaha ile istihsal edilmiş ahkâmı hukukîyenin haiz olduğu kıymeti haiz bulunmaktadır.

KIYASI FUKAHAYA MANİ OLAN SEBEBLER

Kıyas yolu ile bir meselenin hallini memnu kılan sebebler beşdir.

1 — Fertleri tayin eden ismi haslar. Misal: Hazreti Peygamberin şahadetinin iki kişi yerine geçeceğini ismini tayin ederek söylediği sahabe misalinde olduğu gibi.

2 — Nesih veya ilga edilmiş bulunan nass halindeki emirler. Bunların artık diğer bir meseleye teaddi suretiyle, o meseleyi hal kabiliyeti kalmamıştır. Misal: İslâmiyetin ilk devresinde, Hazreti Peygambere imtisalen, Sünneti Peygamberîye uymak suretiyle akika denilen ve çocukların doğumlarında kesilen kurbanı kesmek vacip idi. Bilâhare kurban kesiniz, (Venhar) emri celili nazil oldu, ve Sünneti Peygamberî olan akika suretiyle kurban kesmek mecburiyeti nesih olundu. Binaenaleyh akika kesmek suretiyle vaki Sünneti Peygamberî artık kıyas kaziyesi olmak vasfını gaip etti. Ve böylelikle artık bu kaziyenin her hangi bir meseleyi hâdise ile mukayesesine imkân kalmamış oldu.

3 — Kıyas üzerine kıyas yapılamaması. Kıyas yolu ile halledilmiş bulunan bir mesele, diğer bir meselenin halli için kıyas kaziyesi teşkil edemez. Tabiri diğerle, kıyas alel kıyasın hükmü yoktur. Misal: İstısna akti, yukarda da gösterdiğimiz veçhile, selem akdine kıyas edilerek kabul edilmiş idi. Binaenaleyh ıstısna akdi kıyas kaziyesi teşkil ederek, artık halli matlup olan mümasili bir meselenin halline hizmet edemez.

4 — Terki. Yani, gerek halli matlup bulunan meselede ve gerekse kıyas kaziyesini teşkil edecek bulunan meselede, mevcudiyetleri meşrut olan şartlardan birisinin ademi mevcudiyetidir. Böyle bir ademi mevcudiyet kıyası imkânsız hale getirir. Misal : Selem hakkındaki ha-

disi burada da zikredebiliriz. Bu aktin şartlarından birisi ecelin, yani malın ne zaman teslim edileceğinin tayin edilmiş olmasıdır. Böylece eceli, daha evvelden tayin edilmiş bulunan bir selem akdi, kıyas yolu ile eceli tayi edilmemiş bir selem akdine kıyas edilmiş olsa, bu kıyas bir hüküm ifade etmez. Zira, halli matlup bulunan meselede kıyas kaziyesini teşkil eden meselenin haiz olması lâzım gelen şartlardan birisi terk olunmuş bulunmaktadır. Her hangi bir akitte, önceden ecel tayin edilmemiş bulunması, o akdin derhal icra (muacceliyet) olunacağı neticesi hukukiyesini tevlit eder. Zira istikbalde vukubulacak bir şeyin zamanı vukuunu göstermemek, o şeyin hemen vuku bulacağını kabul etmek demektir ki, her âti kariptir (külli âtin karip) kaidei umumiyesinin bir neticeyi tabiiyesidir.

5 — Halli matlup meseleye tatbik edilecek hükümde, yani kıyas kaziyesi teşkil eden meseleye ait hükümde, bir tebeddül ve tegayyür hasıl olmuş olması. Misal: (Hadîs) (Yiyecek şeylerinizi ancak, ölçek ölçeğe olmak üzere mübadele ediniz). Bu hadîs o asırda kullanılan ölçü mikyası nazara alınarak, ona müsavi olması ve ölçüyü tecavüz etmemesi nazara alınarak irad olunmuştur.

Binaenaleyh muayyen olan bu ölçünün dununda bulunan ölçülerle yapılan mübadele, bu hadîsi şerifin mefhumu çerçevesine giremez ve binnetice kıyas kaziyesi teşkil edemez.

(Gerek bir icma kararına ve gerekse Medinede müesses örfe göre, buğday arpa gibi zahire idadına dahil bulunan nesneler, çarşı ve pazarda (kile) ölçüsüne göre satılırdı. Binaenaleyh Hazreti Peygamberin hadîsinde zikretmiş bulundukları ölçek tabiri kileye mahsus bulunmaktadır. Kilenin dununda bir ölçü ile tartılan şeylerde bu hadîsin cari olmaması lâzım gelir. Zira hadîs, işaret ettiği kilenin manası ile mukayettir. Kilenin dununda bir ölçüye de tatbik olunduğu takdirde, yukarda işaret ettiğimiz terk fiili vücude gelmiş olur. Nitekim diğer bir hadîste Hazreti Peygamber, fasulya, bakla gibi sair zahirelerin Arabistanda bir nevi ölçü ayarı olan (sâ') ile mübadele olunmasını emretmektedir. Bu münasebetle muhtelif cins eşyanın ölçü ile satılmasında kullanılan tabiratın burada zikrini faideli addetmekteyiz: Mekilât; kile ile satılan şeyler, mevzunat; terazi ile tartılan şeyler, kıyemiyyat; kıymetleriyle

takdir olunan şeyler, mezruat; zira veya arşın ile uzunlukları ölçülen şeyler, adediyat; adetle, saymakla satılan şeyler.)

* * *

KIYASIN RÜKÜNLERİ

(ERKÂNI KIYAS)

Kıyasın rükünleri dörttür.

1 — Asıl. Ayni zamanda Kıyas kaziyesi (makîsün aleyh) de denir. Bu yukarda da izah etmiş olduğumuz veçhile ya bir nass, ve ya bir icma kararı ile halledilmiş olup ta henüz bir hal şekli verilmemiş bulunan halli maklup meseleye, aralarında vaki müşabehet dolayısiyle tatbik olunacak meselenin kendisidir. Misal: Selem akdi bir asıldır. Aralarındaki müşabehet dolayısiyle ve kıyas tariki ile selem akdine mürettep hükmün tatbik olunduğu istisna akdi ise, selem akdinin mâkisidir.

2 — Kendisine bir hal şekli verilmek istenilen halli matlup meselenin mevcudiyeti. Yukarıki misalde olduğu gibi, istisna akdi, kıyasın ikinci rüknüdür.

3 — Kıyas kaziyesini teşkil edecek olan meselenin her hangi bir hükmü şer'iyi muhtevi bulunması. Her hangi bir fiilin haram, helâl, muteber ve gayri muteber gibi vasıfları iktisap etmesi, o fiilin bir hükmü şer'iyi iktisap etmiş olması demektir. Bu vasıflar hakkında yukarda ikinci faslı teşkil eden bahislerde malûmat ita edilmiştir.

4 — Asıl mesele ile kıyas olunacak mesele aralarında müşabeheti cami bulunmalıdır. Bu müşabehet adeta bir vasıl hattı (trait d'union) gibi tam ve mutlak olmalıdır.

İki mesele arasındaki bu tam müşabehet, müşterek vasıf olan «sebeb» ve "illet" de de mevcut bulunmalıdır. Misal: Selem akdinin meşruiyet sebebleri şunlardır. 1 — Bu akde mevzu teşkil eden mebiin muayyen bulunması, tabiri diğerle topraktan başlarını çıkarmış ve hir nisbet dahilinde büyümüş olan hububatın gözle görülür bir vaziyette olması. 2 — Teslim müddetinin malûm bulunması. 3 — Gerek alıcının

ve gerekse satıcının mebiin teslimi anında, mebiî tesellüm etmek veya teslim eylemek hususlarında muhayyer bulunmaları.

İstisna akdindeki sebebler de tıpkı selem akdindeki sebebler gibidir. Onda da mebi sıhhat ile malûm ve kat'î bir şekilde tarif ve tayin edilmiş bulunmaktadır. Kezalik bedeli teslim anı malûm bulunduğu gibi, ısmarladığı şekle uygun bulunmadığı takdirde alıcının satılan şeyi teslim almamakta hıyar hakkı da mevcuttur.

KIYASIN İLLETİ

Halledilmiş bir mesele ile, halli matlup bir meselenin ayni hükmü şer'îyi istilzam etmelerini icap ettiren saika, kıyasın illeti namı verilmektedir. Müçtehit, bu illete istinat etmek suretiyledir ki halli matlup meseleyi kıyas edecek, yine birinci meseledeki illet vasıtasiyle mevcut hükmü şer'îyi ikinci meseleye izafe eyleyecektir.

Kıyas kaziyesini teşkil eden meselelerde mevcut «illet» iki nevide mütalâa olunmaktadır.

1 — Hafî olan illetler. (Les raisons latentes). Misal: Faizin (riba) haram olmasındaki illet, ayni nevi ve ayni miktarda olan şeylerin mübadelesinde, ödünç vermiş olan kimsenin verdiği şeyi geri alırken verdiği miktardan fazla olarak alması hususunun emri ilâhî ile men edilmiş bulunması keyfiyetidir. İşte bu illet, hafî bir illettir. Zira bu kaide, nass halinde olan bir emri ilâhiye, veya sünneti peygamberîye müstenit bulunmayıp, icma kararına istinat etmektedir. İzah edelim: Faizi nass halinde emreden bütün emirler, hangî maddelerde ödünç verenin fazla olarak alması, faizi teşkil edeceği hususunda sarih ve celî bulunmaktadır. Ödünç verilerek fazlasiyle geri alınan hangi maddelerin faiz fiilini teşkil edeceği bu emirlerde, maddelerin isimleri zikredilmek ve tadat olunmak suretiyle bildirilmiş bulunmaktadır. İsimleri zikredilmiş bulunan bu maddelerin haricinde kalıp ta isimleri zikir ve tadat edilmemiş bulunan maddelerin de faiz idadına girdikleri, bu emirlerin tevsi ve teşmili suretiyle, icma kararı ile karargir olmuştur. (Bu misal de ilk üç islâm nesli teşriîsinde icma kararı ile kıyas ameliyesi yapıldığını göstermektedir.) Binaenaleyh nass olarak bildirilen maddelerde faizin illeti zahir bulunduğu halde, icma kararıyle teşmil edilmiş bulunan sair maddeler için, bu illet hafîdir.

2 — Celî olan illetler: Misal "islâm cemiyetinden bir fırka, harbe gitmeyerek bulundukları yerde, fıkıh ilmi ile iştigal etsinler» mealinde olan ayeti kerime gibi. İslâm cemiyetinden bir fırkayı, çihat mecburiyetinden vareste tutan bu ayeti kerimenin illeti, açık, sarih, celîdir. Zira sarahatla o kimselerin harbe gitmemeleri illetinin fıkıh tetkikatında bulunmak için olduğunu işaret etmektedir.

Nass halinde olan ahkâmı şer'iyenin ekserisinde illet celîdir. Asıllara irca edilmek suretiyle halledilmiş bulunan mesailin ekserisinde ise, illet bilâkis hafîdir.

* * *

Kıyas ameliyesini icra etmek için, her şeyden evvel nass ve asıl halinde bulunan delillerdeki hükümleri tayin ve tesbit etmek lâzımdır. Bu tayin ve tesbit ameliyesi için takip olunması lâzım gelen yollar dörttür.

Birinci yol — İcma yoludur. Misal: Küçüklük, (siğariyyet); Küçüğün emvalini idare için vasi tayinini istilzam eden bir illettir. Küçüklük illeti dolayısiyledir ki, bir şahsın mallarının diğer bir kimse tarafından idaresi demek olan vasilik müessesesinin ihdası, icma karariyle kabul edilmiş bulunmaktadır. Vasilik hakkında bir hadîs ile, yetim çocuklara müteallik bir ayet mevcut bulunmaktadır. İşte bu iki hükme istinat suretiyle vasilik müessesesî icma karariyle ihdas olunmuştur. Bu karara, yani bu asla istinat etmek suretiyle de kıyas yolu ile küçüklerin izdivaçları için, mevcut iki vasinin arzu ve iradelerinin telâhuku lâzım olduğu kabul edilmiştir. Görülüyor ki burada menba, Kelâmullah ile Hadisi Peygamberîdir. Fakat bu menbadaki illeti meydana çıkararak, bundan bir takım hükümlerin vücut bulmasına sevk eden yol, icmadır. Müçtehitler, bu iki menbadan tam bir mutabakatı efkâr halinde illeti istihraç ederek tesbit etmiş, ve bu illeti asıllara irca etmek suretiyle vasiliğe mütedair hükümleri vazeylemişlerdir. Vasilik müessesesinin meşruiyeti, vasinin küçüklerin mallarını idare ve izdivaçları hususunda kendilerine vekâleti gibi ahkâm bu yolu takip etmek suretiyle vücut bulmuştur. Bir kelime ile ifade edilmek istenilirse, bütün bu ahkâm Kur'an ile Sünnetten icma yolu vasıtasiyle çıkarılmak suretiyle meydana gelmiş bulunmaktadır.

İkinci yol — Nass halindeki metinler yoludur. Kıyas kaziyesini

teşkil eden meselenin nass halinde bir emirle, bir hükmü şer'îyi haiz bulunması halidir ki, burada Kıyas Kaziyesini teşkil eden mesele sarih ve zâhir bir hüküm ifade etmektedir. Bu sarahat hükmün bizatihi kendisinde mevcut bulunmaktadır.

Bu yolu takip suretiyle hükümlerde mevcud illetlere destres olmak için bazı karineler, alâmetler mevcuttur ki bunların adedi altıdır.

A — Nass halinde bulundukları, arap lisanı nahvine göre, keylâ, keza gibi edatların mevcudiyetiyle sarih bir surette anlaşılan metinler vardır. Misal: (Ta ki o mal zenginler arasında bir devlet olmaya) suretindeki ayeti kerimenin meali şerifi gibi ki, bu ayetle Cenabı Hakkın gerek ibadat ve gerekse muamelât hususunda zengin ile fakir arasında, zengin, fakir üzerinde tazyik icra etmedikce; hiç bir fark gözetmediğini ifade etmektedir. İşte bu ayeti kerimede "keylâ" edatı mevcut bulunmaktadır. Bu edat, Cenabı Hakkın zengin, fakir üzerinde tazyik icra ettiği takdirde, aralarında fark gözettiğini sarih bir surette bir nass olarak bildirmekte ve illetini göstermektedir.

B — Mücerret şartı muhtevi cümleler. Mücerret şartı havi cümleler, şart edatları vasıtasiyle vücut bulurlar. Misal: «Cariyelerinizin temiz ve afif kalmasını istiyorsanız, kendinizle yatmağa icbar etmeyiniz» mealindeki ayeti kerimede olduğu gibi. Burada cariyenin efendisi ile yatmağa icbar edilmemesi şartı, cariyenin afif ve temiz kalması fiilinin lâzımı gayrimüfarik bir şartı, yani illetidir.

C— İnne edatı. Misal: Sureyi Yusuftaki «Ben nefsimi tebriye etmem, zira nefis (inne) beşer fenalığını amirdir» melalinde bulunan ayeti kerimede olduğu gibi ki, (İnne) ile nefsin beşer fenalığını amir bulunduğu işaret edilmekte, illet bu edatla tebarüz ettirilmektedir.

D — Fa edatının takip ettiği lâfîzlar. Misal: «Şehitleri üzerlerinde mevcut elbise ile defnediniz. Muhakkak ki onlar (fe) Kıyamet günü ayni hal ile arzı endam edeceklerdir». Mealindeki ayeti celilede olduğu gibi ki, buradaki "fe" sarahat ve kat'iyeti, yani nassı göstermektedir.

E — İma veya işaret yolu ile illeti gösteren nass. Misal: Ramazan günü nefsine hâkim olamayarak zevcesiyle münasebette bulunduğunu itiraf eden bir şahsa Hazreti Peygamberin «bir köle azad et» suretinde cevap vermesi gibi. Bu hadîs, münasebeti cinsiye ile bozulan

oruçların kefaretinin köle azad etmek bulunduğunu, ima ve işaret tarikiyle bildirmektedir.

F — İllet, nass halinde bildirilmiş olan sarih hükmün zımmında bulunmaktadır. Misal: "Hâkim gazap halinde hüküm vermemelidir." hadîsinde olduğu gibi. Burada hadîsi şerif ile hâkime verilmiş olan sarih emir, hüküm vermemek keyfiyetidir. Bu memnuiyetin illeti hâkimin bir vasfı olarak, cümlenin talî derecede mevkiini işgal etmiş bulunmaktadır. Tabiri diğerle, nehyi mutazammın emirden sonra gelmektedir.

Üçüncü yol — İstihdaf edilen hükmün, iktiza icabı olarak iki kat yani, muzaaf bir halde telâkki edilmesi halidir. Bu telâkkiyi hükmün haiz bulunduğu illetin bizatihi kendisinde aramak lâzımdır. Misal: "Cihada yaya olarak giden kimse, ganimetten bir hisse alır" hadîsinde olduğu gibi. Bu hükümdeki illet, cihada süvari olarak giden kimsenin iki hisse alacağını göstermektedir. Bu hükmün illeti de cihada piyade olarak gidenin bir hisse alacağını gösteren hadîstir. O zamanlarda harbe gidenler yaya ve süvari olmak üzere iki kısımdan ibaretti. Binaenaleyh hadîse göre, yaya giden bir hisse alacağına göre, süvarinin iki hisse almasını, hadîsdeki hükmün muzaafı olarak telâkkisini zarurî kılmaktadır. Şu halde hadîsde istimal edilmiş olan "yaya" kelimesi "süvari" mukabili olarak kullanılmış olduğu neticesine varılmış olmaktadır.

* * *

KIYASIN NETİCELERİ

Kıyasın neticeleri ikidir:

Birinci netice: Kıyas kaziyesini teşkil eden meseleye mürettep hükmü şer'înin halli matlup meseleye de tatbik edilebilmesidir. Misal: Selem akdindeki cevaz ve sıhhat, aynile istisna akdine de tatbik olunur.

İkinci netice: Kıyas yolu ile elde edilmiş bulunan bir hükmü şer'înin her hangi bir kimsenin zatî reyile izale edilemeyeceği, tabiri diğerle kıyasın vaz etmiş olduğu hükmü şer'iye mutlak surette itaat olunacağıdır.

Kaide: Kıyas ameliyesini yapan kimse; kıyas kaziyesini teşkil eden meselenin noktai esasiyesini, yani o meseleye doğrudan doğruya mevzu

hükmün ne olduğunu bilmesi ve göstermesi lâzım olduğu gibi, istihsal edilmiş bulunan bu hükmün mevridinin de neresi bulunduğunu kezalik bilerek irae etmesi lâzımdır.

* * *

KIYASIN HÜCCETLERİ

Kıyasın hücceti yani vahye müstenit senetleri Kelâmullah ile Sünneti Peygamberî ve icmadan mürekkep menbalardır.

1 — Kelâmullah "Kur'an"

Kıyasın istinat ettiği, Kur'andaki delili şudur.

(Fa'tebirû ya üli'l-ebsar) ayetidir ki, meali celili (Ey gözleri açık olanlar, düşününde ibret alın) demektir.

İbret almak diye hülâsa edilen itibar, meşhud olan bir malûma dikkat edip, ondan bir meçhulü bilmeğe intikal eylemek demektir ki, bu ayetin kıyas hücceti olması da bu manası itibariyledir.

2 — Sünneti Peygamberî.

Muaz İbni Cebel'in Hazreti Peygamber tarafından Yemen valiliğine tayini üzerine, müşarünileyh ile aralarında geçen mükâlemenin son kısmı hatırlarda olsa gerektir. Kitab ile Sünnette yerini bulamadığı meseleleri, Kitab ile Sünnetteki mümasillerine bakarak, şahadeti kalp yolu ile, kıyas yolu ile halledeceği cevabını vermiş idi. Hattâ bu cevab üzerine Hazreti Peygamber bu cevaptan dolayı Allaha hamd u senada bulunmuş idi. İşte kıyasın istinat ettiği ikinci sıhhat, kıyasın Hazreti Peygamberin de tasvibine iktiran etmiş bulunması halidir.

3 — İcmaı Ümmet. Kıyasın üçüncü mesnedi İcmaı Ümmettir. Halife Hazreti Ömer, Abdullah İbni Mesut ve daha bir çokları icma halinde toplanarak kıyasın meşru bulunduğunu karar altına almışlardır. İcmada bulunmayan diğer ashab ise bu kararı öğrendikleri zaman, sükût etmiş ve bir itirazda bulunmamışlardır. Görülüyor ki, kıyas mevzuu hakkında vahye müstenit menbalarda işaret bulunduğu gibi, ilk İslâm nesli teşriisine mensup fukaha arasında da mutabakatı tamme mevcut bulunmaktadır.

Yalnız Zahiriye mesleğine mensup bulunan ulemanın bazıları kıyası kabul etmemektedirler. Bunlara göre, vahye mestenit, hükümler haricinde, aklı beşere müstenit hiç bir hükmün bunlara ilâvesi imkânı

mevcut değildir. Yine bu mesleğe mensup bazıları ise kıyası ancak, mesaili adliyede kabul etmektedirler.

Zahiriye ülemasının kıyası kabul etmemeleri fikri, ilk bakışta cazip görülmekte ise de, esas itibariyle takdirî bir fikir olmaktan ileri geçememektedir. Zira kıyas, esasen vahye müstenit hakayıka ne bir şey ilâve etmekte, ve ne de bir şey tenzil etmektedir. Hazreti Peygamber kıyas yolu ile hüküm vermek müsaadesini islâmiyetin en muteber kimselerine vermiş olmakla, kıyasa vahye müstenit bir hakikat vasfını vermiş bulunmaktadır. Esasen kıyas; vahye müstenit bir hakikati ispat değil, izhar etmektedir. İslâmiyetin ilk ve inkişaf devrelerinde bu hususa mütedair fikirlerin ne merkezde bulunduğu, tarihî malûmat kısmında gösterilmiş bulunmaktadır. Fikri beşer hiç bir zaman atalete mahkûm edilemez. Bilâkis Cenabı Hak kelâmı ile, Hazreti Peygamber tasvipkâr harekâtiyle, gözleri hakikat nuru ile açılmış bulunan kimseleri içtihat yoluna teşvik ve tergip etmişlerdir. Müçtehitlerde vukua gelecek bezginliği önlemek için, Hazreti Peygamberin her hangi bir meseleyi içtihat suretiyle doğru halledenlerin on, halis bir niyet le çalışıp ta hal hususunda yanılanların, huzuru ilâhide bir sevaba nail olacaklarına dair sözlerini yukarda bilmünasebe zikretmiş idik. (Bazı hadîslerde sevabın bir, iki nisbetinde olduğu yazılıdır). Şurasını da bir an hatırdan çıkarmamak lâzımdır ki içtihadın, yani fikri beşerin şer'î bir meseleyi hal için ibraz edeceği mesainin esasını, vahye müstenit hakikatler teşkil etmektedir. Bunu, kıyasa ait vermiş olduğumuz îzahat kâfi derecede anlatmış olduğu gibi, diğer bahislere müteferri izahlarla da, yeteri kadar açıklamış bulunmaktayız. Bu bahislerde vermiş olduğumuz izahlarla, bu izahları takviye etmek için ita etmiş olduğumuz misaller; kıyas kaziyesini teşkil eden ve diğer meselenin halline esas olan meselenin doğrudan doğruya Kelâmullahtan, veya Sünneti Peygamberîden ahzolunmuş bir delil ile, veya yine bu iki menbada mevcut vahye müstenit hakikatlerden istihraç edilmiş; ve malûm usullerle asıllara irca olunmak suretiyle vasıflandırıldığını, hüküm altına alındığını çok açık ve çok vazıh bir şekilde anlatmıştır.

Kıyas yolu, İmamı Azamın en kuvvetli bir teşri vasıtası olduğu gibi, müşarünileyhin şakirtleri de, diğer üç mezheb imamları da yeni yeni tesadüf ettikleri mesaili islâmîleştirmek, islâm esasatına uydurmak suretiyle halletmek için bu yola müracaat etmiş bulunmaktadırlar.

* * *

KIYAS AMELİYESİNİ MENEDEN MANİALAR

(DEF'İ KIYAS)

Kıyas yolu ile vücude getirilmiş olan bir kaidenin tesisine manî olan sebebler vardır.

Bu bahiste iki müçtehit arasında kıyasa müteallik bir bahisten dolayı vukua gelecek ihtilâfların mahiyetini izaha çalışacağız.

İki müçtehit böyle bir ihtilâfa düştükleri zaman, ihtilâfa düşmüş olanlara (hasmeyn) denir. Bunların takip etmeleri lâzım gelen yollar vardır ki, bunlara «vezaif» itlak olunmaktadır. İhtilâf halinde bulunan müçtehitlerden her birisinin, hasmı tarafından meydana getirilmiş olan kıyas kaidesini ortadan kaldırmak, o kaidenin tesisine mani olmak için ifa edeceği vazifeler mevcuttur.

Bu hususa mütedair dört tarz mevcut bulunmaktadır :

1 — Men "empechement proprement dit"

2 — Muaraza "contestation"

3 — Nakzı icmalî "réfutation collective"

4 — Nakzı tafsilî veya, nakzı şebihî (réfutation partielle ou ressemblante)

* * *

1 — Men. Kıyas yolu ile vaki hal meselei ameliyesi, bu ameliyenin istinat etmiş bulunduğu delilin veya bu delilin ispat kaziyesini teşkil eden kısımlara sureti tatbiki hususları reddedilmek suretiyle men olunur. Misal: İmamı Azam, kirecin kireçle mübadelesinde, ödünç veren kimsenin bilâhare verdiğinden fazla miktarda kireci geri aldığı takdirde, bunun faiz olacağını kıyas kaidesi ile tesis etmiş idi. İmamı Şafiî, İmamı Azamın kıyası ispat için istinat etmiş bulunduğu delilin, kirece kabiliyeti tatbikiyesi bulunmadığını beyan ederek bu kıyası reddetti. İmamı Azam kirecin de müsavi miktarlar halinde mübadelesini, buğdayın müsavi ölçülerle mübadelesine kıyas etmiş, ve bu müsavi ölçülerle yapılan mübadelede fazla miktarda iade keyfiyetinin fazlasının, haram olarak tavsif edilmiş bulunan ribayı teşkil ettiği neticesine varmış idi. Böylelikle yapmış olduğu kıyasın delilini her türlü faizin haram bulunması illetine istinat ettirmekte idi. Bir kerre daha tekrar etmek isteriz ki faizdeki (riba) illet mübadele edilen şeylerin nev'inde

müşabehet, ve birbirine müşabih bulunan bu nev'in miktarında müsavata istinat etmektedir. İşte İmamı Şafiî de red sebeblerini bu esasa istinat ettirmektedir. Müşarünileyh, Hazreti Peygamberin (ölçek ölçeğe) kelâmından istihraç edilmiş bulunan bu delilin, kirece tatbik edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Zira buğday kile ile ölçüldüğü gibi, öğütülebilmek istidadını haizdir. Kireç ise öğütülebilmek ve kile ile ölçülmek istidatlarından mahrumdur. Bu itibarla buğday ile kireci yekdiğerine müşabih addetmeye imkân yoktur. Binaenaleyh bu kıyasın men edilmesi, teessüsüne meydan verilmemesi lâzımdır. İmamı Şafiînin bu noktai nazarı esaslı surette tetkike tabi tutulduğu takdirde müşarünileyhin meseleyi, ta'mîk etmeksizin İmamı Azamı tenkitten nasıl bir zevk duymakta olduğu bir kere daha müşahede olunur. Halbuki bu arzettiğimiz meselede, kıyas illeti bir değil, ikidir. Evvelâ, faizin haram bulunması keyfiyeti mutlaktır. Her hangi bir maddenin faiz hükmünden hariç tutulduğuna dair bir işaret mevcut değildir. Saniyen kireç maddesi, ismi zikredilmek suretiyle faiz oldukları gösterilen maddeler meyanına ithal edilmemiş olsa bile yalınız, isimleri zikredilmiş bulunan maddelerin faiz idadına girip, bunlardan gayrisinin bu hükme dahil bulunmadıklarına dair bir kaide mevcut değildir. Binaenaleyh faiz "riba" hakkındaki Kelâmullahdan ve Hadîsi Peygamberîden mevcut iki delil nazara alınacak olursa kireç ile buğday arasındaki müşabehetin kat'î ve sahih bulunduğu tezahür eder. Gerek Kelâmullah ve gerekse Hadîsi Peygamberî faizin haram olduğunu bildirirken arap heyeti içtimaiyesinde mübadelesi meşhur bulunan mevaddı zikretmiş bulunmaktadırlar. Bu tarihten sonradır ki, Arabistan yarım adası halkı Suriyeyi istilâ etmiş, ve inşaat lüzumu dolayısiyle kirecin mübadelesine lüzum hissetmişlerdir. Binaenaleyh İmamı Azam tamamiyle islâmî ve vahye müstenit bir kaidei hukukiyeye istinat etmek suretiyle fertleri kısa bir zamanda gayri meşru surette zengin edecek olan, kireç mübadelesindeki faizi menetmek istemiştir.

* * *

2 — Muaraza. Kıyas ameliyesini icra eden müçtehidin, bu ameliyeyi icra için vücude getirmiş bulunduğu esbabı mucibeye mukabil, diğer bir müçtehit tarafından başka esbabı mucibe meydana getirilerek, bu esbab ile kıyas ameliyesini icra eden kimsenin esbabı mucebesine mukabele edilmesine; muaraza denir. Misal : İmamı Azam, gayri

tabii münasebetleri, âdet zamanındaki kadınla vaki münasebeti cinsiyeye kıyas etmiştir. Bu kıyası yaparken istinat ettiği mucip sebeb, her iki münasebette de, münasebette bulunanın duyduğu veca ile, münasebet neticesi husule gelen pisliğin yekdiğerine müşabih bulunması keyfiyetidir. İmamı Şafiî, Hanefî Mezhebinin esbabı mucibesini teşkil eden bu mucip sebebe, başka bir mucip sebeble muarazada bulundu. İmamı Şafiî, gayri tabiî münasebeti, puta perestişle kıyas etmekte ve bunun bir şirk olduğunu ileri sürerek Lut kavminin bu fiili kabih dolayısiyle mahvolmuş bulunduğu esbabı mucibesine istinat ediyordu. Bu suretle İmamı Azamın esbabı mucibesine muaraza ederek cerh etmiş bulunuyordu.

* * *

3 — Nakzı icmalî: İcmalî nakız, kıyası subuta vardıran delilin bütün aksamına saridir. Kıyas ameliyesini icra eden kimsenin yapmış bulunduğu kıyasın muteber bulunduğunu ispat sadedinde ortaya koymuş bulunduğu delilin, müdafaa ettiği tezle tehalüf halinde bulunduğunu isbata yaramaktadır. Misal: İmamı Şafiî pis olan idrar mecrası ile şercden çıkan kanlar hariç olmak üzere, insan vücudünün her hangi bir noktasından çıkan kanın; insan vücudunden çıkan sair mayiata müşabih bulunduğunu ve binanealeyh abdesti bozmadığını, asbestli halde, zikredilen iki yer müstesna olmak üzere, vücuttan çıkan kan neticesinde mevcut abdestle namaz kılınabileceğini kabul etmektedir.

Hanefî Fukahası İmamı Şafiînin bu tarzı tefekkürüne muhaliftirler. Müşarünileyh imamın kadınların adet zamanında zuhur eden kanı pis addetmesiyle tenakuza düşmüş bulunduğu reyindedirler. Bunlara göre, İmamı şafiî, pis maddelerin şercden veya idrar mecrasından çıkmış bulunduğunu kabul ile aldanmıştır. Zira rahim, hiç bir pis maddeyi muhtevi bulunmamakta, ve rahimden gelen kan ise, idrar yolundan çıkmaktadır. Şu halde rahimden gelen kanın kalın bağırsaktan veya mesaneden gelen kanla alâkası mevcut değildir. Binaenaleyh İmamı Şafiî şerc ile idrar yolunu istisna etmek suretiyle, vücudun sair yerlerinden gelen kanı temiz addetmekle koymuş olduğu kıstas arasında tenakuz mevcuttur. İşte bu tenakuza bina'en Hanefî Uleması, İmam Şafiînin esbabı mucibesini tamamiyle mecruh addetmişlerdir. Bu tenakuza istinat eden, Hanefî Uleması kanı, meni ile ve buna müteferri mayiat ile mukayese etmenin daha doğru olacağı, reyine vardılar. Zira,

gerek meni ve gerekse kan vücutta mevcut kıymet ifade eden birer mayi olmak itibariyle yekdiğerine müşabih bulunmaktadırlar. Bu noktai hareketle, imamı Şafiî'nin elde ettiği neticenin muakisi bir neticeye vararak, vücudu beşerin her hangi bir noktasından çıkacak olan kanın temizliği ihlal ettiğini ve binaenaleyh abdesti bozduğu neticesini istihsal ettiler.

* * *

4 — Nakzı tafsilî: veya nakzı şebihî: Bu nakız icmalî nakızdan kıyasın istinat ettiği delil ile neticesinin tamamına sarî olmayıp bir kısmına sarî bulunması noktasından ayrılmaktadır. Netice doğrudur, şayanı kabuldür. Ancak, bu neticeye vasıl olmak için istimal olunan delil, yanlıştır. Binaenaleyh kıyas ameliyesini icra eden zatın kullanmış olduğu delilden başka bir delile istimal etmek suretiyle, o zatın vasıl olmuş olduğu neticeye vasıl olunmaktadır. Misal: Şimdiye kadar bir kaç defa bahsetmiş bulunduğumuz, nebizüttemr, tahammür etmiş sarhoşluk verici bir içkidir. Ebû Hanife bu içkiyi şarapla aralarında mevcut sarhoş edicilik deliline istinaden, menetmiş idi. Mademki her ikisi de sarhoş etmek vasfını haizdirler, şu halde şarap nasıl haram ise diğeri de ayni delil ianesiyle haramdır. İmam Şafiî nebizüttemrin şaraba kıyas edilmesi hususunu kabul etmektedir. Ancak, İmamı Azamın her ikisi de sarhoşluk verdiğinden dolayı memnuiyetine mütedair esbabı mucibeyi, yani delili kabul etmemektedir. Müşarünileyhe göre, şarap ile nebizin yekdiğeriyle kıyas edilmesi illeti birisinin üzümün tahammürü, diğerinin ise hurmanın tahammürü ile vücut bulmuş olmalarındadır. Bu imama göre, tahammür bir maddenin hakikatını tağyir eder. Binaenaleyh gerek hurmanın, gerekse üzümün hakikatleri. keyf vermek üzere tahammür ettirilmek suretiyle tağyir edilmiş olunca, bu iki madde yekdiğerine tahammür ettirilmiş olmak bakımından kıyas olunabilirler. İşte bu noktai nazarla, yani bu delile istinat etmek suretiyledir ki, nebizüttemir ile şarap yekdiğerinin müşabihidir.

İmamı Şafiînin bütün gayretlerine rağmen nebizin haram olduğu neticesine vardığı görülmektedir. İmamı Azamın esas gaye olan sarhoşluğu men neticei mantıkıyesine, İmam Şafiî daha başka uzun yollardan dolaşmak suretiyle vasıl olmaktadır.

İKİNCİ KİTAP

MAKSADÜ'S-SÂNÎ

Bu kitab dört fasla ayrılmıştır.

1— Şer'î Hükümler (Les qualités légales)

2 — Hâkim (Le juge)

3 — İnsana ait fiiller (Les actions selon lesquelles l'homme est jugé)

4 — Mükellef olan insanın ef'aline mürettep hükümler.

* * *

Birinci Cildin ikinci kısmında İslâm Hukukunun esasatına dair vermiş olduğumuz malûmat okuyucuyu; bu kitabın ikinci ve üçüncü fasıllarında vereceğimiz izahata alıştırmış olmak içindi. Onun için, burada vereceğimiz izahatın, birinci cilddeki malûmatın ayni bulunduğu zehabına düşülmemesi gerekir. Zira birinci cildde bu hususa dair vermiş olduğumuz malûmat ile, burada vereceğimiz malûmat yekdiğerini ikmal ve itmam edici mahiyettedirler. Gerçi birinci cildde temas ettiğimiz mevzularla, burada izahına çalışacağımız mevzular yekdiğerinin ayni gibi görünürse de, bu mevzulara burada başka başka noktai nazarlardan temas edeceğimiz unutulmamalıdır.

Birinci cildde bu meselelerin umumî mahiyetlerinin ne olduğunu izaha çalışmış idik. Burada ise bu meseleleri hukukî ve adlî cepheden ta'mika çalışacağız. Ancak okuyucuların, burada izahına çalışacağımız meselelerin birinci cildde de bahis mevzuu olmuş olduğunu unutmamaları lâzımdır. Esasen bütün bu bahisleri tekrar başka bir noktai nazardan tetkik ederken, birinci cildde ne fırsatla bu bahislere temas etmiş bulunduğumuzu da ayrıca hatırlatacağız. Şimdilik, yalınız, insanın muhtelif hayat devrelerindeki vaziyeti hukukiyesi; işlemiş olduğu

fiillere mürettep hükümler, kanun nazarındaki mükellefiyeti gibi meselelere tekrar temasımızın lüzumsuz bulunmadığını işaretle iktifa ediyoruz. Ancak birinci cilddeki ayni meselelere tahsis edilmiş bulunan bu fasıllarla; birinci cilddekinin yekdiğerini tamamlamak üzere İslâm Hukukunun anlaşılması oldukça güç bulunan meselelerinin daha kolay anlaşılacağını hatırlatmak isteriz.

* * *

BİRİNCİ FASIL

ŞER'Î HÜKÜMLER
(AHKÂMI ŞER'İYE)
UMUMÎ MALÛMAT

Arap fukahası Usulü Fıkıh lisanında (hüküm) kelimesini, lûgat manası itibariyle, karar, ilâm, hüküm manasına almaktadırlar. Bu kelimeye hususî bir mana izafe etmiş, ve bir tabiri hukukî olarak kabul eylemişlerdir. İnsan ef'ali icraiyesini hukukî ve adlî olarak tavsif eden vasıflara, "hüküm" denilmektedir. Bu hususu daha evvelce de izah etmiş idik. Şimdi vereceğimiz izahatla daha iyi anlaşılmış olacaktır. İnsan ef'ali icraiyesini hukukî bir şekilde vasıflandırmak için, mahkeme huzuruna getirilen ihtilâflarda, hâkimin daima bir kıyası zihnî ameliyesi yaparak bir hükme varması lâzımdır. Her hangi bir fiilimize, bir müçtehit tarafından tatbik edilen vasfı hukukî bir hükümdür. Zira bu vasıf ile dir ki, o fiile meşruiyet veya gayri meşruiyet izafe olunmakta, ve böylelikle o fiil iyi veya fena, haklı veya haksız olarak telâkki olunmaktadır. Yine bu vasıf neticesindedir ki o fiil, sevap ve günah sınıflarına girmekte, cezayı veya mükâfatı istilzam etmektedir. İşte İslâm hukukçularının, ef'ali beşeriyeyi vasıflandıran tavsiflere hüküm itlak etmelerinin sebebi, bu iki mühim sebebe istinat etmektedir.

İnsan ef'ali icraiyesine kanun ile izafe edilmiş bulunan hükümlerle, bu kabil ef'ale Kelâmullah veya Hadîs ile izafe edilmiş bulunan hükümleri yekdiğerine karıştırmamak lâzımdır. Bu hususta, Molla Hüsrev şu izahatta bulunmaktadır: "Hükmü şer'î insan ef'aline, emri ilâhinin tatbiki suretiyle o ef'alin vasıflandırılmış olması keyfiyetidir". Şari'in emirlerinin, insan ef'aline tatbiki, o fiillerin her birisi için ayrı ayrı hükümler vücude getirirler. Her fiile ayrı vasıflar izafe etmesidir ki, bu fiillerin hâkim huzurunda farik vasfını teşkil etmektedir.

* * *

Şari', insandan sadır olan her fiili bir hükme raptetmiş bulunmaktadır. İmdi, her fiili insan, şer'î bir hükmü muhtevi bulunmakta, ve bu hüküm doğrudan doğruya, ya Allahın, ya Hazreti Peygamberin insanlara hitab edilmiş bulunan kelâmlarına istinat etmektedir. Şari'in (Allah ile Peygamber) insanın fiiline doğrudan doğruya tatbik edilmiş bulunan kelâmı, bu fiili insanın, esas ve bünyesini teşkil eder. bir hükmü şer'îdir.

Bu suretle, yani doğrudan doğruya şariin kelâmı ile tavsif edilmek suretiyle hükümlendirilmiş bulunan ef'ali insaniye; vaz'î veya talî diğer ahkâmın esasını teşkil etmektedirler. Vaz'î veya talî hükümler de, ef'alî insaniyeyi hükümlendirmekte ve şari'in evamirine uydurmağa çalışmaktadırlar. Bu hükümlere (mevzu hükümler) "ahkâmı vaz'iyye" denilmektedir. Zira bu kabil hükümler, şari'in ef'ali insaniyeye doğrudan doğruya izafe etmiş bulunduğu hükümler olmayıp, vahye müstenit hakikatlere istinat etmek suretiyle vücude gelmiş hükümlerdir. Misal: satış akti, doğrudan doğruya nazil olmuş ve bir Kelâmullah ile helâl addedilmiştir. Binaenaleyh satış akdi, emri ilâhiye müsteniden helâl vasfını haiz bulunmaktadır. İşte bu, esası teşkil eden bir hükümdür. Bir şeyi satmak helâldır. Ancak, bu satış kanunun sahih olarak kabul ettiği tarzda vaki olacağı gibi, sahih olarak kabul etmediği tarzda da yapılabilir. Satış akdini bu noktai nazardan ele almak, mevzu hükümlere istinaden ele almak demektir. Satış akdi sahih olur, gayri sahih olur. Kabiliyeti feshiyeyi haizdir, veya değildir. Akitte butlan mevcutdur, veya değildir. Bütün bunlar, emri ilâhî ile esası helâl bulunan bu akdin, mevzu hükümleridir. Bir satış muamelesi icra eden insan, bu muamele ile meşru, helâl bir iş yapmış olur. Ancak bu muameleyi kanunda mevzu şeraite uygun olarak yapıp yapmaması, alıcı ile satıcının bu muameleden menfaatdar olup olmamaları netayicini tevlit eder. Şu halde meşru ve helâl olan bu akdin tarzı icrasına dair kaideler, mevzu hükümleri teşkil etmektedir.

Bu nev'e dahil bulunan bu hükümler bu fasılda sureti mahsusada tetkik edileceklerdir.

* * *

Şari'in, (Allah ile Peygamber) işlemiş bulundukları fiiller hakkında insanlara vaki evamiri, yani şer'î hükümler üç muhtelif şekil arzetmektedirler.

1 — İktiza.

2 — Tahyir. Yani bir işi işleyip işlememekte muhtar bulunmaları.

3 — Vazı. Yani muahharen vazedilmiş hüküm. Muahharen vazedilmiş demek şari'in ferdi, işleyip işlememekte muhayyer bıraktığı fiillere şekli icraları hakkında bilâhare, bir hüküm izafesi demektir.

Ef'al beşeriyeyi tavsif eden bilumum ahkâm bu üç şeklin içerisinde mündemiç bulunmaktadır. Bu üç şekle verilmiş olan isimlerin izahı gerekmektedir: 1 — İnsanın icra etmesi mutlak bir surette mecburî bulunan, terki halinde, cezaya ve itaba duçar olacağı bildirilmiş bulunan hükümler; iktiza ismi ile gösterilen guruba dahil bulunmaktadırlar. Misal: Namaz, iktiza yolu ile emredilmiş riayet olunması mecburî bir farzdır. 2 — Şari'in (Allah ile Peygamber) ferdi, işleyip işlememekte serbest bırakmış bulunduğu ef'ali tazammun eden hükümler, tahyir sınıfına girerler. Beyi' rehin, şirket gibi akitlerde olduğu gibi. 3 — Vazı' suretiyle vücude gelen ahkâm, icra edilecek olan ef'alin. hukukan bir kıymet ifade edebilmeleri için, şekli icralarını gösteren hükümlerdir. Bu şekli icranın fıkıh kaidelerine uygun bulunup bulunmadığı, vazı' suretiyle meydana getirilmiş bulunan ahkâm ile anlaşılır ki, ahkâmı vaz'iye nin tatbikatı netayicinden ibarettir.

Ahkâmı vaz'iyye, bilhassa şari'in yapılmasına müsaade etmiş olduğu halde mecburiyet tahmil etmemiş bulunduğu ef'ale tatbik olunur. Beyi, icare gibi akidlerin sıhhat veya ademi sıhhatle inikad etmiş bulunduklarını gösteren ahkâm gibi.

* * *

Ef'ali beşeriye kendilerine tatbiki icap eden hükümler bakımından, iki büyük nev'e ayrılırlar:

Birinci nevi: İnsanların bu dünyada yaşadıkları müddetce ittiba etmeleri mecburî ve zarurî bulunan ef'al bu birinci nev'e dahildir. "Ef'ali iktizaiye". Namaz, oruç, zekât, hac, cihat gibi.

İkinci nevi: İnsanların icra etmeleri mecburiyeti tahmil edilmemiş olup ta kendileri tarafından, lüzum hasıl olduğu takdirde icra kılınan ef'alde bu ikinci nev'e dahildir. (Ef'ali tahyiriye) Nikâh, talâk, beyi' iktisap, hibe, vekâlet ve icare gibi akidler. Bu nevi akidlere tatbik olunan hükümler de iki nevidir.

Birincisi: Akdin esasını tavsif kılan hükümler, şari'in emrine müstenit bulunmaktadır ki, bu hükümlere ahkâmı iktizaiye denir. İkincisi ise bu akidlerin tarzı icralarını, ne suretle vücude geleceklerini gösterir ki onlara da ahkâmı vaz'iye denir. İkincisi ise: Bu akitlerin tarzı icralarını, ne suretle vücude geleceklerini gösterir ki onlara da ahkâmı vaz'iye denir. İmdi: iktizaî olan hükümler, fiillerin esasını tavsif etmektedirler. Farz, vacip, helâl, haram, mendub, ibaha, kerahet gibi

* * *

Yukarda zikretmiş olduğumuz hükümler ef'ali insaniyeye tatbik edilmeleri bakımından yeni yeni hükümlerin vücude gelmesine saik olurlar. Bilfarz, mülkiyet, yani bir mülke sahib olma hakkını iktisap, bir fiili insanîdir. Bu fiil esas itibariyle bir hüküm iktisap etmiştir ki, o da mülkiyet fiilinin helâl bulunmasıdır. İşte bu helâl olmak hükmü esasisi başka başka hükümlerin vücude gelmesine sebeb olmaktadır. Mülkiyet fiilinin helâl olmak vasfı aslisinden, iktisabî mülkiyetin menfaatı gibi bir hükmün vücude gelmesi gibi.

Bu nev'e dahil, yani, esas hükümlerin ef'alî insaniyeye tatbik edilmeleri dolayısiyle vücude gelen hükümler, hükmü aslînin meşruiyetine (helâl) göre yekdiğerinden ayrılırlar. Helâl olmak hükmü aslîsini haiz nikâh akdindeki (helâl) hükmünün nikâha tatbik edilmiş olması neticesi, (menfaat) hükmünü yani, zevcin zevceyi himayesi, zevç ve zevcenin karşılıklı saadeti gibi hükümleri vücude getirdiği gibi, yine bilfarz helâl hükmü aslîsinin karz akdine tatbiki, (sübut bulma) hükmünü vücude getirmektedir.

* * *

Şer'î hükümler, tavsif etmiş bulundukları fiillere ve bu fiillerin mahiyetlerine göre, iki büyük guruba ayrılırlar.

1 — Kâr ve zararı, mükâfat veya mücazatı bu dünyaya mahsus ef'ali beşeriyeyi hüküm altına almış bulunan hükümler,

2 — Kâr ve zararı, mükâfat veya mücazatı ahirete mahsus bulunan ef'ali beşeriyeyi tavsif eden şer'î hükümler.

Birinci guruba dahil bulunan, ve bu dünyaya mahsus ef'ali hüküm altına almış olan şer'î hükümler, bu fiillerin nevi ve mahiyetlerine göre, ayrıca talî aksama ayrılmaktadırlar. Bu kabil ef'al ya doğru-

dan doğruya dinî vazifelerin ifasını istilzam eden fiillerdir. Yahut ta tamamiyle dünyevî mahiyeti haiz bulunmaktadırlar. Tamamiyle dünyevî mahiyeti haiz bulunan ef'al ise hususî bir takım hükümleri muhtevi bulunmaktadır ki, onlar da şunlardır.

1 — Sıhhat (légalite)
2 — İnikat (conclusion)
3 — Nifaz (Validité)
4 — Lüzum (nécéssite d'exécution)

Bu tavsife göre akitler:

1 — Sahih veya fasit,
2 — Mün'akit veya gayri mün'akit,
3 — Nafiz veya gayri nafiz,
4 — Lâzım veya gayri lâzım; olurlar.

Bu fiiller yukarda da işaret ettiğimiz gibi gayeleri itibariyle doğrudan doğruya insanın dünyadaki ef'alini istihdaf etmektedirler. Gerçi bu fiiller ahireti de alâkadar etmektedirler. Ancak bu alâka doğrudan doğruya bir alâka olmayıp dolayısiyledir. Bilfarz, bütün hukukî kaidelere muvafık bir surette bir mukavele akteden kimse, kanunun istilzam ettirdiği ahkâma riayet etmiş olur. Bu riayet ile, sahih ve nafiz bir mukavele aktetmiş olması suretiyle, bu dünyadaki muamelesini teshil etmiş olduğu gibi; doğrudan doğruya olmamakla beraber dolayısiyle, gayri meşru yollara sapmamış olduğu için, ahiretteki hayatı bakımından da sevaba nail olur.

İşte Hazreti Peygamberin dünyevî olan muamelâta da manevî bir vasıf izafe etmesinin sebebi budur. Nitekim müşarünileyh, bu hareketiyle muamelâtı ihtiva eden ahkâmın, hileli yollarla ihlâli hususunun önüne geçmiş bulunmaktadır. İmamı Azamın hareket tarzı da Hazreti Peygamberin bu hususdaki kasıt ve niyetinin ne olduğunu vazıhan anlatmaktadır.

Gayeleri itibariyle doğrudan doğruya ahireti alâkalandıran fiiller de doğrudan doğruya ahireti istihdaf etmekle beraber, dolayısiyle bu dünyayı da alâkalandırmaktadırlar. Evamiri ilâhiyeye mutlak bir surette riayet eden dindar bir kimse, ahiretini ihzar etmiş olduğu gibi, ayni zamanda bu dünyada yaşadığı müddetce hem nev'inin tazim ve tekrimini de isticlâp etmiş olur.

Bu bahsin mevzuu ile alâkadar değil gibi görünen şu izahat, bir kerre daha İslâm Hukukunun, İslâm Dini ile ne suretle imtizac etmiş bulunduğunu göstermesi ve Hanefî Mezhebinin din ile hukuku intizaç ettirmek üzere nasıl itina etmiş bulunduğunu anlatması bakımından mühimdir.

Şu vermiş olduğumuz izahatı daha vazıh bir halde ifade eder isek, derizki: Ahirete müteallik ef'al bu dünyada, vezaifi diniyenin tamamiyle ifasıdır. Dünyaya müteallik ef'al ise, kanunun muamelâta müteallik ahkâmına riayettir ki, mukavelât, bu ahkâma riayet suretiyle infaz olunabilmek kabiliyetini ihraz ederler. Misal: Beyi akdinde, satılacak şeyin, satan kimsenin mülkiyeti tahtında bulunması, yani satanın kat'î surette malı olması lâzımdır. Bu şart beyi akdinin lâzımı gayri müfarik bir şartıdır. (sine quâ non). Kezalik icare akdinde, kiraya verilen şeyin menfaatının temliki de böyle bir şarttır. Kanun, içinde oturulması imkânı olmayan bir evin, mahsul vermeyen bir tarlanın kiraya verilmesini kabul etmemektedir. Bir hâkimin ita etmiş bulunduğu hüküm de böyledir. Hükmün mevzuunu teşkil eden hadisenin, usulü muhakeme kaidelerine göre, sübut bulmuş olması elzemdir.

Bu tadat ettiğimiz ahkâmı mahsusa ile mümasilleri; akitlere mahsus olup, kanunun tatbik edilebilmesini sağlıyan hükümlerdir. Tabiri diğerle tatbikata, fürua ait ahkâm olup en meşhurları Mülteka ve Dürer olan müdevvenatta mezkûrdur.

* * *

Şer'î hükümler diğer bir noktai nazardan da üç nev'e ayrılmaktadırlar.

1 — Münhasıran emri ilâhi ile insanlar üzerine mürettep olan hükümlerdir ki, bunlarda insanların hiç bir dahli mevcut değildir. Misal: Katil fiili, öyle iktizaî bir hükümdür ki memnuiyeti münhasıran ve doğrudan doğruya emri ilâhiye istinat etmektedir. Ferd bu emri ilâhiden tamamiyle haberdar edilmiş olduğu cihetle, bu fiili ikadan içtinap etmek mecburiyetindedir. Katil fiili, emri ilâhî ile hükümlendirilmiş bir fiil olup , bu hükümde insanın hiç bir dahli mevcut değildir.

2 — İnsanların fiil ve hareketleriyle vücut bulmuş olan hükümler. Misal: Beyi akdinde olduğu gibi. Bu akid insanların kendi arzu ve iradelerine göre vücut bulmaktadır. Binaenaleyh buna ait hükümler

de bu akdin sıhhat ve selâmetle in'ikat etmiş olması için vücut bulmuşlardır.

3 — Emri ilâhinin ve insan arzusunun iştiraki ile vücut bulmuş olan hükümler. Misal : Nikâh akdi gibi. Cenabı Hak insanlara izdivacı emretmiş, fakat mükellef kılmamıştır. Ferd, arzusu dahilinde bir kadın ile izdivaç ettiği takdirde, bu akde müteferri hükümler, emri ilâhi ile insan arzusunun iştirakinden vücude gelmiş olurlar.

Buraya kadar vermiş olduğumuz izahat; vermeye başlayacağımız ahkâmı şer'iye ile bu ahkâmın tatbikatına mütedair izahatın anlaşılmasına hâdim bulunacaktır. Ancak; bu hususu daha ziyade teshil etmek için, İslâm fukahasının ef'ali insaniyeyi teşkil eden unsurlar diye kabul etmiş bulundukları anasırı da zikir ve tadat etmek faideli olacaktır. Gerçi bu hususa dair izahatın yeri, ikinci fasıl olmak lâzım ise de ikinci fasıldaki mebahisin sühuletle anlaşılması bakımından, ihzarî bir ameliye olarak buraya alınması muvafık görülmüştür.

İslâm fukahası insandan sadır olan her fiilde şu anasırı mevcut görmektedirler.

1 — Fiilin esas hüviyetini teşkil eden zatî unsuru. (zati fiil)

2 — Fiilin rükünleriyle cüzüleri. (eczayı fiil) Misal: cild ile, yazılarla dolu olan sahifeler, bir kitabın maddî cüzülerini teşkil ettikleri gibi, o kitabda mevcut malûmat ve hakayık da kitabın rükünlerini (erkân) teşkil ederler.

3 — Fiilin sıfatı. Fiilin haiz olduğu vasfı gösteren, ve o fiili teşkil eden cüzülerden birinin veya bir kaçının ne halde bulunduklarını iraeyi istihdaf eden husus; o fiilin sıfatını bildirmiş olur.

4 — Fiilin heyeti. Bir fiili teşkil eden cüzülerin bir araya gelmesi, o fiilin heyetini teşkil etmektedir. Tabiri diğerle, zatı fiilin bütün eczası ile birlikte nazara alınması keyfiyetidir. Bütün eczasından hariç olmak üzere fiilin bizatihi kendisi nasıl fiilin zatını teşkil etmekte ise, o fiilin bütün eczasiyle birlikte nazara alınması da heyetini vücude getirmektedir.

Fiilin anasırı hakkında islâm fukahası tarafından yapılmış olan tefrik, hukuk ilmi haricinde olmak üzere ele alınacak bir misal ile, daha iyi anlaşılmış olacaktır. Misal: Doyarak tok olmak, bir fiildir: Doymak fiili. Bu fiil kendisini teşkil eden cüzlerden, intaç ettiği neticelerden tama-

miyle müstakil olarak nazarı dikkate alındığı takdirde, doymak; fiilin zatı fiilini teşkil eder.

Doymak fiilini vücude getiren eczayı maddiye, insanın midesine dahil olmuş bulunan gıdalarla, içkilerdir. Yine bu fiilin gayri maddî olan cüzleri, yani rükünleri ise, hazım cihazının, miğdenin artık dolmuş bulunduğunu ihsas etmesi keyfiyetidir.

İnsanın sıhhatının muhafazası az veya çok bir surette bu doymak fiilinin anasırındaki evsaf ve ahvale bağlı bulunmaktadır. Uyku verici bir içkinin içilmiş olması ile, insan nasıl uyku haline düşerse, tuzlu bir gıda maddesi yemiş olan kimse de su içmek ihtiyacını hisseder. Gerek uyku haline düşmek ve gerekse su içmek ihtiyaçları, doymak fiilinin eczasını teşkil ederler. Nitekim uyku verici bir içki içen kimsenin uyuması ve tuzlu bir şey yiyen kimsenin uykudan uyanır uyanmaz su araması keyfiyetleri, bu cüzlerin bir veya bir kaçının mevcut bulunması demektir.

İşte doymak fiilinin heyetini de bütün bu eczadan birinin veya bir kaçının o fiili icra etmiş olan kimsede vücude getirmiş olduğu hallerin heyeti mecmuasıdır. Bu misali verdikten sonra ayni misali bir kerre de hukuk sahasına giren bir fiil üzerinde tatbik edelim.

1 — Beyi akdinde. Beyi akdi bizatihi fiilin zatını teşkil etmektedir.

2 — Beyi akdini tazammun eden fiilin eczai maddiyesi, satılacak nesne ile bu nesne için ödenecek meblâğdır.

3 — Manevî unsuru yani rüknü, icap ile kabuldür.

Gerek maddî ve gerekse manevî unsurların kesbi kıymet edebilmeleri, akdin sahih veya gayri sahih olmasına vabestedir. Misal: Manevi unsuru, yani rüknünü teşkil eden icap, malın ne sahibi, ne de o sahibin vekili bulunmayan bir kimse tarafından yapılmış olduğu takdirde beyi, sahih olmamış olur. Kezalik teslim edilmek mecburiyeti olan mal, malı mesruk bulunduğu takdirde beyi akdi yine butlan ifade etmiş olur. Alıcının kendisince malûm ve muayyen olmayan bir şeyi kabul ettiği takdirde akit, yine tamam ve sahih değildir, fesih olunabilir.

4 — Bütün bu maddî ve manevî şeraitin kanuna uygun bir şekilde bir araya gelmesiyle vücude gelen beyi akdi ise, bu akdin heyetini teşkil eder.

İşte, her biri kendilerine mahsus birer hükmü şer'î ile tavsif edilmiş bulunan ef'ali insaniyeyi vücude getiren anasır, bunlardan ibarettir.

* * *

Tamamiyle dünyevî mahiyeti haiz olan ef'alin hususî bir takım hükümleri muhtevî bulunduğunu ve bunların da sıhhat ve in'ikat ilâh... gibi hükümler olduğunu biraz yukarda izah etmiş idik. Şimdi bu hükümlerin aksi halleri de nazara alınmak suretiyle, mütalâasına girmek sırası gelmiş bulunmaktadır. Ancak; bu suretledir ki, bu hükümlerin yekdiğeri muvacehesindeki netayici hukukiyeleri meydana çıkmış olacaktır.

1 — Sıhhat : (la vérité). Her fiili insanın, daha doğrusu her akdin bütün unsurlariyle bareber kanunun kabul etmiş bulunduğu şeraite uygun bulunması ve böylelikle noksandan fariğ bulunmasına sıhhat denir. Akitler ancak, bu suretledir ki icra edenlerin istihdaf etmiş oldukları gayeleri vücude getirmiş olurlar. Sıhhatin aksi, sıhhatin akidde mevcut bulunmaması, yani ademi sıhhattir. Sıhhati haiz olmayan akitler, ademi sıhhate müptelâ ve binaenaleyh batıldır (nul). Gayri sahih bulunan akitler de (butlan) "nüllité" ve (fesat) "annulabilité par vice" olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar. Butlanı havi bulunan akidlere (batıl), fesadı muhtevi bulunanlara ise (fasit) ıtlak olunmaktadır.

Akdi vücude getiren ve akdin mahiyet ve vaziyetine taallûk eden maddî ve manevî unsurlardan her hangi birisinin ademi mevcudiyeti bü akdin butlanını istilzam eder. Bu unsurlardan her hangi birisinin ademi mevcudiyeti, ne akdin bizatihi kendisi için, ne de âkid taraflar için bir neticeyi hukukiye vücude getirmez. Beyi akdinde icap mevcut olmadan, kabulün vaki olması gibi. Misal: Zeyd Amre, Amr tarafından hic bir icap sebketmeden (yüzüğünüzü bin dirhem mukabilinde kabul ediyorum) diverek bir kabulde bulunmuş olsa, bu akid gerek kanun nazarında, gerekse yüzüğün sahibi bakımından tamamiyle batıldır. Hiç vuku bulmamış mesabesindedir.

Akdi teşkil eden unsurlardan birisinin bir ayıpla malûl bulunması haline de (fesat) ıtlak olunur. İcabın şarta muallâk bulunması halinde olduğu gibi. Misal : Zeyd, Amre yüzüğünü, pazarda bir benzerini bulabildiği takdirde bin dirheme sattığı yolunda, beyi meclisini teşkil eden kimseler huzurunda bir icapta bulunmuş olsa da, Amr da bu icabı kabul eylese, beyi akdinin icap ve kabulden teşekkül eden her iki unsuru da mevcuttur. Ancak buradaki icap unsuru beyi meclisinin iradesi haricinde tesadüfe bağlı ve tamamiyle müstakil bir şarta muallâk bulunmaktadır. İcabın muallâk bulunduğu bu şart, icabı malûl kılmakta ve

binaenaleyh ifsat etmektedir ki, netice itibariyle akdin bütününe fesat tari olmaktadır.

2 — İnikat. (Conclusion). Akdi teşkil eden unsurların kanunun göstermiş bulunduğu şerait dairesinde, netice hasıl etmesine (inikat) denir. İradelerin yekdiğerine iltihakında vukua gelecek netice ayrılıkları, akdin ademi inikatını intaç eder. Misal: Beyi akdinin inikatı için beyi meclisinde, kanunun göstermiş olduğu sıhhat ile, ayni zamanda icap ve kabulün yekdiğerine iltihak etmiş olması lâzımdır.

3 — Nifaz. (Validité). Akidde sıhhat ve inikadın mevcudiyeti haline nifaz denir. Bu hükümlerden birisinin ademi mevcudiyeti, ademi nifazı vücude getirir.

İcap ve kabulün yekdiğerine mutabık bir surette zikredilmemesi hususu ademi nifazı vücude getirdiği gibi, akdin vücudu için lüzumlu bulunan şahitlerin ademi mevcudiyeti de bu hali intaç etmektedir.

4 — Lüzum. (nécessité d'exécution). Akidde sıhhat, inikat ve nifazın bir arada mevcut bulunması keyfiyeti (lüzum) u vücude getirir. Bu üç hükmün mevcudiyeti ile akid, lâzimü'l-icra bir hal kesbeder. Bunlardan birisinin noksanı, netayici hukukiye itibariyle o akdin (gayri lâzım) bulunduğu neticesini vücude getirmiş olur. Misal: Zeyde, ait bulunan bir gayri menkulün, babası tarafından hiç bir vekâleti haiz olmadığı halde oğlu tarafından satılmış bulunması hali gibi. Bu akidde mevcut bulunması lâzım gelen hükümlerde sıhhat hükmü mevcut değildir. Binaenaleyh (gayri lâzım) bir akiddir. Mal sahibi olan Zeyd binayı satılan kimseye teslim mecburiyetinde değildir.

* * *

Hükümler hakkında lüzumlu malûmatı vermiş bulunmaktayız. Ancak İslâm Hukukunda fazla tenevvü gösteren, ve bu tenevvü nisbetinde de ehemmiyeti mevcut bulunan bu bahsin, daha iyi anlaşılabilmesi için bu mevzua devam etmeyi faydalı addetmekteyiz. Zira bu, bilhassa hükümlerin vücude getirmiş oldukları netayic bakımından da faideli olacaktır. Bu neticeler hükümlerin bütün ef'ali beşeriyeye tatbik olunmaları ve üzerlerinde icrayı nüfuz etmeleri bakımından da mühim bulunmaktadır. Binaenaleyh bu hususta ne kadar tafsilât verilse yeridir. Fakat bu tafsilâtın itasına girişmeden evvel bir kere daha (delil) ile (asıl)

arasındaki farkı tebarüz ettirmeyi faideli addetmekteyiz. Çok ehemmiyetli olan bu fark hususunda okuyucunun bir kere daha tevakkuf etmesi faideli olacaktır. Bilinmesi ve üzerinde ehemmiyetle durulması lâzım gelen nokta "delil" vasıtasiyle istihsal edilmiş bulunan bir hükmün, "asıl" ile istihsal edilmiş olan bir hükümden daha vazıh ve daha açık telâkki edilmiş olması keyfiyetinin ne gibi sebeblere istinat etmiş bulunduğu meselesidir.

Delillerin şer'î olarak tavsif edilmiş olması, ef'ali insaniyeye dinî menbalardan istihraç edilerek ya doğrudan doğruya veya dolayısiyle tatbik edilmiş bulunmaları sebebiledir. Menabiden istihraç edilmiş bulunan bu deliller ef'ali insaniyeye doğrudan doğruya, hiç bir vasıtaya müracaat edilmeden tatbik olundukları zaman «delil» ünvanını almaktadırlar. Doğrudan doğruya olmayıp ta dolayısiyle tatbik olundukları zaman ise, bunlara "asıl" denilmektedir. Misal: (Kile ile ölçerken hakkaniyet ile ölçünüz) mealindeki ayeti celile, emri mutazammın, "farz" olarak vecibe tahmil eden şer'î bir delildir. Binaenaleyh, başka her hangi bir delilin ianesine muhtaç olmadan doğrudan doğruya kile ile ölçen kimsenin bu ölçme ameliyesini sıhhatle ifa etmesi lâzım geldiğini isbat etmektedir.

Bu delilin, insandan sadır olmuş olan (ölçmek) fiiline tatbik edilmesinin, doğrudan doğruya tehassül eden ilk neticesi, insanın kile ile ölçüyü doğru olarak ölçmesinin (farz) olan bir hükmü şer'î bulunması, aksine hareket eden kimsenin "haram" bir fiil ika etmiş olacağı keyfiyetidir. İşbu hüküm, görüldüğü üzere ölçmek fiiline doğrudan doğruya tatbik edilmiş olan bir delil neticesi olarak vücude gelmiş bulunmaktadır. Hiç bir ihzarî hareket yapılmadan, araya hiç bir vasıta girmeden Allahın emrinin olduğu gibi tatbiki neticesinde vücut bulmuştur.

Bu hükmü vücude getiren şer'î delil ki, yukarda mealini arz ettiğimiz ayeti celiledir, dikkatle tetkik olunacak olursa, kile manasına olan arapça «kiyel» kelimesinin müfret bir halde bulunduğu ve baş tarafında da (lâm) harfi tarifinin mevcut olduğu görülür. Şu hale göre, bu kiyel kelimesinin muayyen bir kile olduğu, tabiri diğerle ayetin nüzulü esnasında Hicazda istimal edilmekte bulunan kileye işaret edildiği vehleten anlaşılır. Binaenaleyh Hazret Peygamber zamanında müstamel bulunan kileye işaret eden ayetin, başka başka memleketlerdeki istimal edilmekte bulunan kileden gayri ölçülere de doğrudan doğruya tatbik edilip edi-

lemeyeceği suali, bihakkın varidi hatır olabilir. Zira, bizatihi Kelâmullah olan bu delil, hiç bir ameliyeyi zihniyeye, hiç bir ihzarî harekete lüzum kalmadan Hicaz'da istimal edilen ve muayyen bir ölçü birliği teşkil eden kileye tatbik edilmektedir. İşte bu hal, yani bizatihi Kelâmullah olan bir hükmün, malûm ve muayyen olan bir fiile, ayeti kerimede işaret olunan kile ile ölçmek fiiline doğrudan doğruya tatbik edilmesi; delilin bizzat kendisidir. Şimdi de "asıl" ın ne olduğunun izahına geçelim.

Büyük fakîh oldukları kadar büyük bir edebiyatcı da bulunan İslâm Müçtehitleri; kiyel kelimesinin baş tarafında bulunan lâm edatının Kur'anda hacmi gösteren bir kelimenin başında bulunduğu zaman, muhtelif ölçü birliklerini manasının sahasına almakta bulunduğunu müşahede ettiler. Bu müşahedeleri neticesinde de lâmül istiğrak kaidesini vaz eylediler. Lâmü'l-istiğrak cümlede bahis mevzuu olan bilumum eşhası, başında bulunduğu kelimenin manası içerisine almaktadır. Kur'andan istihraç edilmiş bulunan bu kaide iledir ki kile ile vaki ölçülere mahsus bulunan delili şer'î, asla irca edilmiş oldu. Asıl, görülüyorki, delili şer'inin sahasını tevsi için bir vasıta rolünü ifa etmektedir. Şu halde delili şer'î, asla irca edildikten sonra, kileden gayri ölçülerle de ölçüldüğü takdirde yine hakkaniyete riayet edilmek farzdır.

Şu verdiğimiz izahattan da anlaşılacağı üzere, delilin asla ircaı keyfiyeti içtihat ameliyesi derecatından birisidir. Lâmü'l-istiğrakın Kur'anda müstakar bir surette istimali keyfiyetine dayanan bu içtihat, kile ile ölçmenin hakkaniyet üzerine icrasına mütedair emri ilâhînin, sair bütün ölçü ve hacim birliklerine teşmili suretiyle tefsirinden ibaret bulunmaktadır. Binaenaleyh her hangi bir memleketteki zahire ölçmeye mahsus bilumum ölçü ve hacim birlikleri yukardaki ayeti kerime ile emredilmiş bulunan hükmün çerçevesi içine girmektedir. Ancak, bu emri ilâhinin kileden gayri sair ölçülere doğrudan doğruya olmayıp, dolayısiyle tatbik edildiği görülmektedir. Bu tatbikin neticesi, her yerde, her zamanda, her nevi ölçünün hakkaniyet üzere tatbik edilmesini farz haline getirmiş bulunmasıdır. Aksi halde emri ilâhiye karşı muhalefet fiilini teşkil eder.

Birinci halde, yani Hazreti Peygamber zamanında kullanılan kile ölçüsüne delili şer'î, başka bir delilin ianesine ihtiyaç hasıl olmadan doğrudan doğruya tatbik edilmiş bulunmaktadır.

Ikinci halde, yani bu delilin bütün memleketlerde, her zaman için her nevi ölçülere tatbiki keyfiyeti ise, Kur'andaki mevcut nahiv ve sarfe ait kaidelere istinat suretiyle istihraç edilmiş bulunan "asıl" ın ianesiyle vücut bulmuş, doğrudan doğruya tatbik edilmemiştir. İfadeyi tasrih ve tavzih etmiş bulunan lâmü'l-istiğrak kaidesi mevcut bulunup ta, bu vasıta ile arzettiğimiz (asıl) meydana çıkmamış olsa idi, kile ile ölçülen hususata mütedair olan hüküm neticesi farz olan "hakkaniyet ile ölçmek" fiili tamim edilmemiş ve binaenaleyh kile ile ölçülen şeylerde hakkaniyet ile ölçmek hususu farz olduğu halde, sair ölçülerle ölçülmekte hakkaniyet vacip olmuş olacaktı. Vermiş bulunduğumuz bu misal, delilin doğrudan doğruya tatbiki suretiyle vücude gelen hüküm ile delilin doğrudan doğruya olmayıp bir asıl vasıtasiyle, yani menabide mevcut kaidelerden istihraç edilmiş usullere ircaı suretiyle, müşabih ve mümasil ef'ali insaniyeye tatbiki arasındaki farkı vazıh ve kat'î bir sarahatla anlatmış bulunmaktadır.

* * *

(Delil) ile (Asıl) arasındaki farkı gösteren şu izahatı ita ettikten sonra, hüküm hususundaki malûmatı itmam edecek bulunan tafsilâta rücu edebiliriz. Yukarda da işaret etmiş olduğumuz gibi hükümler esas itibariyle iki kısma ayrılmaktadır.

1 — Şari'in insanlara hitabını muhtevi bulunan hükümler ki, bunlara (ahkâmı teklifiye) denilmektedir.

2 — Bu emirlerin tarzı icralarını gösteren mevzu hükümler ki, bunlara da (ahkâmı vaz'iyye ıtlak olunmaktadır.

Bu nevi hükümler daha ziyade muamelâtı beşeriyenin istilzam ettirdiği unsurların itmamı, kıymeti hukukiye iktisap etmeleri için kullanılmaktadır. Hitabı muhtevi hükümlerden farkları bu noktadandır. Bu nev'e dahil hükümlerin makanizması hakkında malûmat, yeri geldiği zaman verilecektir.

* * *

ŞARİ'İN HİTABINI MUHTEVİ HÜKÜMLER (AHKÂMI TEKLİFİYE)

Bu nev'e dahil hükümler, yukarda da işaret ettiğimiz gibi ifası mecburiyeti mevcut olanlar; "ahkâmı iktizaiye" icrası hususu muhayyer bu-

lunanlar "ahkâmı tahyiriyye" diye ikiye ayrılmaktadır. İcra ve ifası mecburiyeti bulunanlar, ferdin bazı fiilleri işlemesi veya işlememesi için doğrudan doğruya emri muhtevi bulunan hükümlerdir. İşlenip veya işlenmemesi hususu insanın ihtiyarına terk edilmiş bulunan fiiller için de bunlardan bazılarının işlenmesi mucibi metholacağı zikredilmiş ise de, diğer bazıları da tamamiyle ferdin arzusuna bırakılmış bulunmaktadır.

Şari'in insanlara işlenmesini veya işlenmemesini emretmiş bulunduğu ef'alde hükmü asli (iktiza) dır. İşlenip işlenmemesi ferdin ihtiyarına terk edilmiş bulunan ef'alde ise hükmü asliyi (ihtiyar) teşkil etmektedir.

Gerek iktizaî olsun gerek ihtiyarî bulunsun bütün bu hükümler şari'in insanlara vaki hitabı neticesi vücude gelmiş bulunmaktadırlar. Bu hükümleri vücude getiren hitab, bazı fiillerin icrasını bazılarının icra edilmemesini amir bulunmakta, ve bunlardan bazıları helâl, bazılarını haram aksamına ayırmaktadır. Binaenaleyh her şeyden evvel İslâm Fukahasının "teklif" diye vasıflandırdıkları bu hükümleri tetkik etmek lâzımdır.

* * *

TEKLİF VE EF'ALİ İNSANİYEDE CEVAZ

(De l'invitation divine et de la raisonnablité des actions humains)

Teklif, Allahın insanlara vaki hitabı içersinde mevcut bulunmaktadır. Cenabı Hak insanlara karşı olan hitabında ya bir fiilin icrasını, veya ademi icrasını, yahut ta, o fiilin icrasından mümkün mertebe ihtirazı veya cevazı emretmektedir. Hitabı şer'ide, bir fiilin "caiz" olup olmaması keyfiyeti, bu hükmün ilk şartını teşkil etmektedir. O derecede ki, şari'in insanlara vaki hitabı esbabı mucibesi "cevaz" ı bildirmekten ibarettir, denilebilir. Bu hitabda; yapılması caiz bulunmayan veya imkân dahilinde olmayan fiillerin icrası için hiç bir husus bahis mevzuu değildir.

Cevaz, şu üç maniin mevcut bulunmaması ile vücut bulur ki, o maniler de şunlardır.

1 — Mutlak bir surette memnuiyet teşkil eden (şer'î mani').

2 — Tabiî mani'.

3 — Örfe müstenit manii şer'î.

Birinciye misal: Yukarda izah edildiği veçhile, fasit veya batıl bulunan bilumum akidler, mutlak bulunan şer'î mani, dolayısiyle malûl bulunmuşlardır.

İkinciye misal: İzdivacı men eden bir hüküm, tabiî mani dolayısiyle hiç bir hüküm ifade edemez. Zira, zina, yani izdivaç haricindeki cinsî münasebet, emri ilâhi ile memnu bulunmaktadır. İzdivaç da herhangi bir hüküm ile men edilmiş bulunduğu takdirde, insanlar için tabii bir ihtiyaç olan cinsî münasebet menedilmiş olur ki bu hal, tabiatı insaniyeye mugayirdir.

Üçüncüye misal: Zahirenin arşın ile, kumaşın kile ile ölçülerek satılmasında örfe müstenit şer'î mani' mevcuttur. Bu suretle vukua gelecek akidler butlan ifade ederler. Zira örfe mugayir bulunmaktadırlar.

Cevaz hükmünün mukabili "ademi cevazdır". Ademi cevazın arzettiği evsaf şunlardır.

1 — Ademi cevaz, tezadı vücude getirir.

2 — İnsanın kudret ve kuvvetiyle mütenasip olmayan, veyahut mahiyeti itibariyle ifası insanca gayri kabil bulunan bir emri vücude getirir. Bilfarz, insan hayatının ifasına yetişemeyecek kadar bir ibadetin emir olunması gibi.

3 — Örf ile memnu bir fiilin emredilmesi.

* * *

Cenabı Hak tarafından insanlara vaki hitaba müstenit bulunan teklif, yukarda da işaret etmiş olduğumuz gibi, cevaz üzerine müessesdir. Bu hitabın istinat etmekte bulunduğu kanun, insanları, ifası imkân dahilinde bulunan hususun ifasına, icrası caiz bulunan şeylerin icrasına davet etmektedir. Ancak, her caiz olan husus için teklif vaki olmamış, tabiri diğerle her caiz olan hususu şari' nazarında teklif mevzuunu teşkil etmemiştir.

İnsanlara teklif bazı ef'alin icrası ve bazı ef'alin de ademi icrası için vaki olmuş bulunmaktadır. Binaenaleyh teklif, insanlara bazı fiillerin yapılmasını veya yapılmamasını mecburî, bazı fiillerin de yapılıp ve yapılmamasını ihtiyarî bırakmaktadır.

Teklif hitab şeklinde, bir hususun yapılıp yapılmaması şeklinde olduğu gibi, bazan da tahkiye şeklindedir. Geçmişteki dinlerin ve cemiyetlerin ahval ve hususiyetleri, şari' tarafından hikâye edilmek suretiyle, bu hal ve hareketler tasvibkâr veya ademi tasvibi gösterir bir ifade ile nakil edilir. Bunlara "kıssa" lar denir.

.Bu gibi vakayi ademi tasvibi gösterir bir ifade ile nakil edildikleri zaman şari', geçmiş zamana ait bu hükümleri ilga etmiş bulunduğunu, yahut ta geçmiş zamanlardaki bu hükümleri, nehy eylemiş bulunduğunu gösterir. Ademi tasvibi gösteren ifadelerin manası, bu suretle artık hareket edilmemelidir, demektir. Bu, tahkiyeler, beyan ve tasdik suretiyle olur. Beyan suretiyle olanlarını bu cildin birinci kitabında inceden inceye tetkik etmiş bulunmaktayız.

Tasdik suretiyle olanlar ise :

1 — Sarih bir emirle.

2 — Defi suretiyle.

3 — Tasdiki istenilen hususun methi suretiyle.

4 — Tasdiki istenilen şeyin veya fiilin netayicinin iyiliklerini anlatmak suretiyle.

5 — Sükût ile vukua gelir.

Sarih bir emirle olana misal: (Ayet) "Sana emrolunduğu gibi doğruluktan ayrılma."

Diğer misal : İbrahim, Nuh, Musa ve İsadan bahsolunurken "Allahın yolunu takip etmiş olan bunlar, nasıl sabır göstermiş iseler, sen de onlar gibi sabırlı ol".

İkinciye Misal : (Ayet) "Mümin olmayan kimselerin isimlerini, güzel olmayan sıfatlarla yâd etmeyiniz. Zira bunlar bir gün hak dinini kabul edebilirler. O zaman bunların isimleri, yine cahiliyet zamanlarındaki isimleriyle yâd edilir".

Üçüncüye misal : (Ayet) "Vakta ki Meryemin oğlu İsa, maiyetindekilere: Allahın dinine yardım etmek suretiyle hizmet edenler kimlerdir diye sordu.? Havarileri; Allaha inanan ve emirlerine itaat eden bizleriz. diye cevap verdi ve bu cevabları mucibince de hareket ettiler. Hareketlerini de bu sözlerine uydurdular. Allah da bunları lûtuf ve nimeti ilâhîsine gark etti"

Dördüncüye misal : (Ayet) "Mısıra, Allaha bel bağlayarak giriniz ve kendinizi Allaha teslim ediniz" (Yusufun kardeşlerine ait hikâye anlatılırken zikrolunmuştur).

5 — Evsat olan bir şeyi âlâya tercih eder misiniz? Cevab burada tabiî olarak âlâ olduğu için sükût edilmiştir. Geçmiş şeriatlara ait, tahkiyelerde mevcut beyan tarzları bundan ibarettir. Doğrudan doğruya İslâm Ümmetine vaki olan hitablardaki beyan tarzları ise, daha başka tekâlifi istilzam eden, yani Cenabı Hakkın emir ve nehiylerini bildiren meselelerle, Cenabı Hakkın bu emirlerin icra edilip edilmemesinde ne suretle veçhi alâkası bulunduğu hususlarını, insan ef'ali icraiyesini veya insanın tahtı istimalinde bulunan eşyayı tavsif eden hükümlerin menbaı bulunduğu şüpheden azade bir keyfiyettir. Binaenaleyh gerek teklifin tarzı vukuunu gösteren usullere mütedair mesailin, ve gerekse Halikin bu tekliflerle veçhi alâkasının, hüküm bahsini daha sarih bir surette anlamak için, burada izahı münasip olacaktır. Usulü Fıkıh'ın en esaslı bahislerinden birisi bulunan hüküm bahsi, böylelikle daha kolay bir surette anlaşılmış bulunacaktır.

* * *

ALLAHIN İNSANLARA VAKİ EVAMİRİ (TEKLİF) İLE BUNLARIN HUKUKÎ NETİCELERİ

Cenabı Hak tarafından insanlara vaki teklif iradei ilâhiyenin tecelli şekillerine göre, insanlar üzerinde muhtelif neticeler vücude getirmektedir. Bu netayic, bir çok kereler söylediğimiz gibi, hükümlerin vücude gelmesi keyfiyetidir. Bu hükümler dolayısiyledir ki, her fiilin icra veya ademi icrasının mecburî veya ihtiyarî bulunduğu anlaşılmaktadır.

İnsanlara Cenabı Hak tarafından vaki teklifin tarz veya şeklidir ki, Allahın evamire atfetmekte bulunduğu ehemmiyeti gösterir. Emir veya nehiy olunan fiili insanî, büyük ehemmiyeti haiz bir husus ise, yapılmasının zarurî bulunduğunu gösteren elfaz istimal olunmuş, icra veya ademi icranın mecburî olduğu gösterilmiştir. Tabiri diğerle ferd, ilzam edilmiş bulunmaktadır ki, böylelikle insan emri ilâhi ile gösterilmiş

bulunan fiili iltizam etmektedir. Zira bu emir insan için bir mecburiyet tahmil eylemektedir.

Bir fiili insanîyi bu suretle vasıflandıran hükümlere (farz) veya (vacip) denilmektedir.

Teklif, insana o emri ifa mecburiyeti tahmil etmeyen bir şekilde vaki olmuş ise, insan o fiili icra veya ademi icrada muhtar bulunmaktadır. Bu nev'e dahil bütün ef'al (hıyariyat) hükümlerini muhtevi bulunmaktadırlar.

* * *

ŞARİ'İN İLTİZAMI (ALÂKASI) VE HUKUKÎ NETİCELERİ

İltizam ayni zamanda yük manasına da gelmektedir. Fakat Cenabı Hakkı böyle bir sıfatla tavsif - haşa - imkânı mevcut olmadığı için şari'in kulları ile alâkası diye ifade etmek istiyoruz. Halikin mahlûku ile alâkadar olması, halikiyeti iktizasındandır. Bunun içindir ki, Cenabı Hak kullarının şu fiili icra etmeleri veya bu fiili icra etmemeleri hususlariyle alâkadar bulunmaktadır. Binaenaleyh şu fiilin ifası veya bu fiilin ademi ifası hususunda kulunu ilzam etmekte, ve bu fiillerin icra veya ademi icrası hususunu da kendileri iltizam eylemekte, yani alâkalanmaktadır. Allahın bir fiilin yapılmasını veya yapılmamasını amir bulunan hükümlerini öğrenmiş bulunan kimse, bu emirleri icraya davet edilmiş, bu emirler o kimsenin sırtına yükletilmiştir. Tabiri diğerle insan bu emirlerle ilzam edilmiş bulunmaktadır. Şu halde ilzam, Cenabı Hakkın evamirini muhtevi hükümlerini ferdin tahammül etmiş olması demektir. İltizam ise, Cenabı Hakkın kulu ile alâkalanması dolayısiyle, her hangi bir fiilin emirleri mucibince ifa veya ademi ifası hususunda alâkadar bulunması manasına gelmektedir. Kul, Cenabı Hakkın emir ve nehiylerini zatı ulûhiyetinin kindisiyle alâkalanmış bulunması dolayısiyle tahammül etmektedir.

Allahın insanlara vaki her teklifi, yani her hükmü şer'îsi o fiilin kullariyle alâkası bakımından, Cenabı Hakkın takdir buyurmuş olduğu ehemmiyete göredir. Alâkaları bakımından o fiili ehemmiyetli olarak takdir buyurdukları surette, o fiil için kullarına vaki teklifleri

muhtelif derecelerde mecburiyetler tahmil eden emirler şeklinde tecelli etmektedir.

Cenabı Hak her hangi bir fiili, mecburiyet tahmili şeklinde takdir buyurmuş olduğu takdirdedir ki, o fiil için teklif vaki olmuş bulunmaktadır. Teklif ile insanlara o fiilin vasfını bildirmekte, icra veya ademi icrası için, ne dereceye kadar mecburiyet tahmil etmiş bulunduğunu işaret etmektedir. İşte Cenabı Hakkın fiilin vasfını takdir buyurmaları hususuna müçtehitler, iltizam unvanını vermektedirler. Fiilin vasıf ve mahiyetini takdir buyurduktan sonra, insanlara; Cenabı Hak şu fiilin ifasını emir, şu fiilin icrasını men buyurmaktadır, tarzında teklif suretiyle bildirmesi hususuna da ilzam itlak olunmaktadır. Binaenaleyh Cenabı Hakkın, kulu ile alâkalanmış olması bakımından, bir fiili takdir buyurması "iltizam"; bu fiil hakkındaki emrini bildirmesi de "ilzam"dır. Kul ilzam olunan bu hususu tahammül etmek mecburiyetindedir. Yani kendi bakımından o da iltizam etmektedir.

* * *

ŞARİİN İLTİZAM ETTİĞİ HUSUSLARIN İNTİKAL ETTİRİLMESİ USULLERİ VE NETAYİCİ

Cenabı Hak iltizam buyurmuş oldukları hususları kullarına şer'î birer delil halinde intikal ettirmiş bulunmaktadır ki, bu şer'î deliller de, mutlak ve kat'î olmaları bakımından, kat'î ve zannî diye iki nev'e ayrılmaktadırlar. Bu iki nevi delil, ef'ali beşeriye bakımından icra edilmeleri mecburî bulunanları göstermektedir. Tabiri diğerle Cenabı Hak bu deliller vasıtasiyle, o fiillerin icra veya ademi icrasını kullarından mecburî olarak istemektedir. Bu iki delili gayri delillerle sabit olan ahkâm, ahkâmı ihtiyariye cümlesinden bulunmaktadır.

* * *

Bu iki nevi hükmü tetkike girişmeden önce, ittiba edilmesi zarurî bulunan ahkâm ile ihtiyarî bulunan ahkâmı yekdiğerinden tefrik için istimal olunan usullerin nelerden ibaret bulunduğunu incelememiz lâzımdır.

Teklif halinde bulunan, yani ittiba edilmesi mecburî olan hükümler, ihtiyarî olanlardan şu suretle ayrılmaktadır: 1 — Kelâmullahda mevcut bazı elfaz mevcuttur ki, bunlar o emrin teklif mahiyetinde ol-

duğunu iraeye kâfidir. Bu elfaz şunlardır:

(Farz) kelimesi. (Yemininde nâkiz olmamak farzdır) da olduğu gibi. (Haram) Misal: (Allah ananızla izdiyacı haram kıldı) gibi. (Vacip). (Erkek ve kadın her müslüman için kurban kesmek vaciptir), gibi. (Kerahet). (Gurur ve azamet ile yürüme, ne kürreyi arzı sarsabilir, ne de dağlarla bir boya yükselebilirsin. Allah; bu hareketleri mekruh addetmiştir) de olduğu gibi.

* * *

Evamiri ilâhiyede her zaman bu lâfızlar mevcut olmaz. Bu lâfızların mevcut bulunmadığı tekâlifin riayet edilmesi mecburi olup olmadığının anlaşılması için, şu kaidelere müracaat olunur.

Birinci kaide — Teklifi mutazammın sure veya ayette; yeri bulunmadığı takdirde ise Kitabullahın sair mahallerinde, o teklifin şari tarafından ne suretle iltizam olunduğunun; icrası veya ademi icrasının zikredilip edilmediğinin araştırılması lâzımdır. Diğer bir deyimle Cenabı Hakkın vaz buyurmuş olduğu bu teklifle o fiili men edip etmediği hususunun Kur'anın arîz ve amîk tetkikiyle anlaşılmış bulunması lâzımdır. Eğer zikredilen fiilin icra veya ademi icrası hususu için bir mücazat tertip edilmiş ve bu da Kur'anda gösterilmiş ise, o teklif hakkında iradei ilâhiye aşikâr bir surette tecelli etmiş demektir. Misal: (Ayet) "Zina fiilini irtikâp etmeyiniz". Bu memnuiyet ifade eden bir delildir. Bu hususu tesbit ettikten sonra bu delilin tatbik olunduğu fiili insaninin mecburi veya ihtiyari bir hükmü ihtiva edip etmediği cihetinin araştırılması lâzımdır. Bu hususta yapılacak basit bir taharrî ile, zina fiilini irtikâp edenlere karşı cezalar tertip edilmiş bulunduğu anlaşılmakta ve "Zina eden erkek ve kadına 100 sopa vurulsun" hükmüne tesadüf olunmaktadır. İşte bu hüküm şariin zina fiilini meni iltizam ettiğini sarih bir surette göstermesidir. Binaenaleyh zina fiili, Kur'ana göre, 'Haram" vasfını iktisap etmiş, icrasından içtinap olunması farz bulunan, aksi haram olan bir fiildir.

İkinci kaide: Şari'in iltizam buyurmuş olduğu teklif, insan için bir mecburiyet tahmil etmediği, yani ferd o teklifin icra veya ademi icrasiyle ilzam olunmamış bulunduğu takdirde, mezkûr delilin "ihtiyarî" bulunduğu anlaşılır. Misal: (Ayet) "Yiyiniz ve içiniz". Şari' bu ayette yemek ve içmek fiillerini insan için bir hükmü şer'î tesis etmeksizin, zikir buyurmuştur. Zira, delilin bizatihi bünyesinden bu husus

kadını oğlun izdivaç suretiyle alması haramdır. Hüküm bu suretle sabit olmuştur.

Diğer Misal: (Ayet) "Emanet, sahibine iade olunmak lâzımdır." Burada siyga her ne kadar, tasvibî bir emir şeklinde ise de, ikinci ve üçüncü şartlar tahakkuk etmiş bulunduğundan istihdaf edilmiş olan fiil, yine iktizaî bir teklif bulunmaktadır.

İkinci kaide : Delil kat'î olmayıp ta zannî bulunduğu, ve icra olunup olunmamasının tahyir edildiğine dair bir karine mevcut bulunmadığı takdirde bu delil vacip olmuş olur. Yapılması vacip olarak emredilmiş olan bir hususun ademi ifası, ve yahut yapılmaması vacip olarak gösterilmiş bulunan bir hususun ifası, keraheti vücude getirir. Hatta yapılması veya yapılmaması vacip olan bir husus, ahirete müteallik bir husus ise. bunun ifa ve ademi ifası haram derecesine kadar yaklaşmış olur. Yapılması veya yapılmaması vacip olan husus, dünya umuruna müteallik ise, bu fiilin ifa veya ademi ifası keraheti tevlit eder. Misal: (Ayet) "Abdestli olmadan Kur'ana temas etmeyiniz" emrinde olduğu gibi. Bu delil zannî bir delildir. Zira, bu ayetin nüzulü esnasında henüz Kur'anın inzali hitam bulmamış ve Hazreti Peygamber tarafından bir kitab halinde halka tevzi edilmemiş idi.

* * *

İhtiyarî hükümler de teklifi hükümler gibi, iki büyük nev'e ayrılmaktadırlar.

1 — Delilin, mevcut bulunduğu metinde, veya sair mahallerde veyahut sair deliller ianesiyle ihtiyarî bulunduğu sübut bulmuştur. Bu hususu sübuta vardıran lâfızlar sarih surette mevcut bulunmaktadır.

2 — Gerek delilin mevcut bulunduğu metinde ve gerekse sair yerlerde hükmün ihtiyarî olduğunu gösteren işaret ve karineler mevcut değildir

Birinci halde, delilin ihtiyarî bulunduğunu gösteren lâfızlar mevcuttur ki, o lâfızlar da şunlardır. 1 — Cevaz, 2 — İbahe, 3 — Nedb, 4 — İstihsan, 5 — Tabiiyet, 6 — Helâl,

Delili muhtevi bulunan metinlerde bu lâfızlardan birisi mevcut bulunmadığı takdirde, istihdaf olunan fiilin havi olduğu şu altı kaideye müracaat suretiyle elde edilir.

Birinci kaide: Bahis mevzuu olan fiilin muhalifi bulunan hareketin icrası müşkül veya gayri mümkün ise, o fiil caiz (cevaz) olarak vasıf-

A — Süneni hüdâ, Bu nev'e dahil olan sünnete bütün ümmetçe mutavaat mecburiyeti vardır.

B — Süneni revabıt. Bu nevî sünnetlere mütavaat tavsiyeye şayandır.

C — Süneni zevait. Bu nevi sünnetlere mütavaatla ferd, fazla sevaba nail olmuş olur.

Tahyirî olan hükümler de şunlardır.

1 — İfa edilmeleri caiz olanlar. (Cevaz)
2 — İfa edilmeleri mübah bulunanlar.
3 — Nedb olanlar.
4 — İstihsan edilmiş olanlar.
5 — Tabii olanlar.
6 — İfa edilmesi halâl bulunanlar.

* * *

EF'ALİ İNSANİYEYE MAHSUS AHKÂMI ŞER'İYE HAKKINDA MÜTEMMİM TAFSİLÂT

Bu bahis, insan ef'al ve harekâtının başka bir bakımdan hukukî olarak tavsif edecek ve bu ef'al ve harekât için vecibe ifasına mahsus şartlardan gayri şeraitin lüzumunu izah eyleyecektir.

Burada bahis mevzuu olacak olan şartlar şunlardır:

1 — Vecibenin sıhhat ve selâmetle ifa edilmiş olması. (Azimet)

2 — Vecibenin ifası hususunda gösterilen müsamaha. (Ruhsat)

İcra olunan ef'alin ve bilhassa bu ef'al meyanında akitlerin, mükemmeliyeti için kanunda mevcut şeraite tevfikan icra edilmiş bulunmaları lâzımdır. Bu kaideyi umumiyeden sarih bir surette şu hususlar anlaşılmaktadır:

1 — Kanun muamelâtının icrasında ve bilhassa akidlerdeki iki iradenin yekdiğeriyle serbestçe telâhuku hususunda, hiç bir müsamahaya müsait davranmamıştır.

2 — Gerek dinî vecaibin ifasında ve gerekse mukavelâta ait muamelât haricindeki ef'alin icrasında, makul esbaba bina'en şer'in talep ettiği kavait ve nizamata tamamiyle riayet edilemediği takdirde, mazur

addedilmiş bulunmaktadır ki buna «ruhsat» itlak edilmektedir. Şari' bu kabil özürleri, nazarı müsamaha ile görmekte, fiili mükemmel bir şekilde işlenmiş gibi kabul etmektedir.

* * *

RUHSAT

(De L'indulgence légale)

İnsanın şer'î özürleri neticesi olarak tam bir mükemmeliyet halinde ifa edemediği evamiri, Cenabı Hakkın nazarı müsamaha ile görmesi dolayısiyle ef'ali insaniyeye tatbiki gereken hükümlere «şer'î ruhsat» denilmektedir.

Ruhsat, haiz bulunduğu hafifletici derecelere göre, dört nev'e ayrılmaktadır.

Birinci derece, şeriatın haram telâkki ettiği bir hususun bizatihi haram vasfını haiz olması keyfiyetinin temadisidir. Haram olan bir fiili haram kılan illet devam ettiği müddetçe, o fiil haram, ve binaenaleyh işlenmesi memnu olan bir fiil olmak vasfını muhafaza eder. Bu fiili haram kılan illetin ortadan kalkmasiyle fiil, mübah halini almış olur. Misal: İrtidat fiili, islâmiyette son derecede ağır bir suç telâkki edilmekte ve bu ağırlığı derecesiyle mütenasip bir şekilde cezalandırılmaktadır. Böyle bir fiili ika eden kimse gerek bu dünyada, gerekse ahirette en ağır ukubata müstahaktır. Ferdi böyle bir cezaya müstahak kılan illet, o kimsenin iradesini serbest bir surette kullanması neticesi olarak böyle bir fiil ikaıdır. İşte bu fiilde, illeti teşkil eden serbest iradenin kullanılamaması, bilfarz bir müslümanın zecir ve tazyik altmda irtidatta bulunması hali, serbest iradeye müstenit bulunan cezanın o kimseye tatbik edilememesini istilzam eder. Binaenaleyh ölüm tehdidi altında irtidat eden bir müslümanın bu hareketinde, bu fiile mahsus bulunan merdudiyet vasfı artık bahis mevzuu olamaz. Zira, ölüm tehdidi altında bu fiili ika etmiş bulunan kimsenin hareketi bir özre müstenit bulunmaktadır. Böyle bir tehdit muvacehesinde dinini, sözde terk eden bir kimsenn hareketi, şeriatı hiç bir suretle alâkadar etmez. Serbest iradesiyle irtidat fiilini ika eden kimseye mürettep ceza, bu şahsa verilemez. Ancak, bu hususlaki bütün tehditlere göğüs geren müslim, mukavemeti derecesinde ahirette sevaba nail olur.

İkinci derece: Nefsinde hem ruhsat ve hem mükellefiyeti birlikte muhtevi bulunan ef'al bu dereceye dahildir. Bu dereceye dahil bulunan ef'al o çeşit fiillerdir ki, bir bakımdan arz etmiş oldukları özür dolayısiyle ruhsata lâyık, bir bakımdan da bizatihi haiz bulundukları mükellefiyet dolayısiyle icra edilmeleri mecburi bulunmaktadır. Misal: Ramazan günü seyehat icra eden kimsenin hali gibi. Ramazan günü, oruç ayına dahil bulunması itibariyle, ferde oruç tutmak mecburiyetini tahmil eden bir gündür. Seyahat etmek ise, şeriatın seyahat eden kimseye ibadet hususunda müsamaha ve müsaadesini bahşetmiş bulunduğu bir keyfiyettir. Hanefî Mezhebine göre, seyahat halinde de şeriatın mükellefiyetlerine ittiba eden kimse, ahirette fazla sevaba nail olur.

Üçüncü derece: İslâm cemiyetinin bir kısmı mahsusuna memnu, ve bir kısmı diğerine ise mübah bulunan ef'al bu dereceye dahildir. Misal: Bir çok kereler bahsetmiş bulunduğumuz selem akdi gibi. Selem suretiyle beyi' yalnız çiftçilere mübah olup, çiftçiler haricindeki diğer sınıflar için memnu bulunmaktadır. Bu husus (İçinizde selem suretiyle satış yapmak isteyenler, bu satışı muayyen bir ölçü ve muayyen bir ecel üzerine yapmalıdırlar) mealindeki hadîsine istinat etmektedir. Selem suretiyle beyi'; beyi' aktinin envaından biri olup, bu aktin tabi olduğu esas kaidelere bağlıdır. Bu esas kaidelere göre ise, satılacak nesnenin gözle görülmesi ve bu keyfiyetin meclisi akitte olması lâzımdır. Hazreti Peygamber, çiftçinin ihtiyacı ve toprağın verim vaziyetini nazarı dikkate almak suretiyledir ki, bu günkü vaziyetiyle kalmayarak ilerde kemal mertebesine vasıl olacak olan, bir şeyin bu günkü vaziyetiyle satılmasını kabul buyurmuştur. Ancak bu müsaade ve müsamahayı, böyle bir müsaade ve müsamahaya ihtiyacı bulunan çiftçi sınıfına hasretmiştir.

Dördüncü derece: Eski şeriatlarda mensuplarını sıkı bir disiplin kaidesi altında tutan kaidelerden müslüman ümmetinin Hazreti Peygamber tarafından istisna edildiklerini gösteren ef'al bu dereceye dahildir. Misal: Hiristiyan dinine göre, ibadet, ancak ibadetgâh olan mahalde icra olunmak mecburiyeti vardır, bu mahallin haricinde yapılamaz. Peygamber müslümanları istedikleri yerde muayyen zamanda namaz kılmak hususunda serbest bırakmıştır.

Diğer misal: Eski şeriatlarda üzerine bir pislik bulaşan kumaş par-

çası kesilerek atılırdı. İslâmiyet bu kaideyi bir kaç kere yıkamak suretiyle temizlemek müsaade ve müsamahası ile tebdil etmiştir. Diğer bir misal: Kezalik eski şeriatlar bazı büyük günahların kefaretini, o günahı işleyen kimse ölümü ile ödemekte idi. İslâmiyet, yine müsaade ve müsamaha kaidesine göre, bu kaideyi günahın tövbe ile affedilmesi esasına istinat ettirmek suretiyle, değiştirmiş bulunmaktadır. Bu suretle günahına hulûs ile tövbe eden kimse, o günahı hiç işlememiş vaziyetine avdet eder. Tövbe ile günahı affettirmek hususu intiharın sureti kat'iyede men'i ve kefaret müessesesinin vaz'ı suretiyle teyit ve takviye olunmuştur.

* * *

AZİMET

(De la rigueur légale)

Azimet, azim mastarından olup kat'î olarak verilmiş bir karar ile bir hususun icrasına başlamaktır. Bu mastarın nihayetine glen (T) harfi ile mücerret isim halini almışdır ki, manası bir fiili icra için lüzumlu bilumum vasıtaların ihzarından sonra o fiili tam ve mükemmel bir surette ifaya mahsus kararın teşekkül etmiş olmasıdır. Ferdin, kanunun kendisine tahmil ettiği vecaibi ifa için lüzumlu bilumum vasıtaları ihzar ederek, o vecibeyi usul kaidelerine göre, ifayı kararlaştırmış olmasınada hukuk lisanında (azimet) itlak olunmaktadır.

Azimet, Cenabı Hak tarafından vaki teklifi hiç bir özür ileri sürmeksizin usul ve kaidesine göre, tam ve mükemmel şekilde ifa etmektir. Bu hususta her hangi bir bahane ile usul ve kaidelerden hiç birisinin terki caiz değildir. Tahmil edilmiş olan vecibenin vaktî muayyeninde bütün şeraiti ile ifa edilmiş olması lâzımdır.

Emredilmiş olan husus, tam bir mükemmeliyet içerisinde ifa olunmalıdır. İfası mecburiyeti bulunan her hangi bir hususun yerine başka bir hususun ikamesi caiz olmadığı gibi, güçlüğü dolayısiyle her hangi bir şartın ademi ifası da bahis mevzuu değildir.

Azimetin de muhtelif dereceleri mevcuttur. Yukarda bahsetmiş olduğumuz ahkâmı esasiye azimetin derecelerini muhtevi bulunmaktadır.

Binaenaleyh bu ahkâmı esasiyei şer'iyeyi tetkik etmiş olmakla, azimetin dereceleri tetkik edilmiş olur.

* * *

ESASI TEŞKİL EDEN ŞER'Î HÜKÜMLER

Yukarda da söylediğimiz gibi, bu hükümler farz, vacip, nedb, mübah, haram ve kerahetten ibarettir.

* * *

FARZ

(De L'obligation inéluctable)

Farz kelimesinin lûgat manası müteaddittir. Ağacın üzerinde kertikler yapmak, sanmak, tasavvur ve tahmin etmek, ad ve takdir etmek, aklen tecviz etmek manalarına gelmektedir. Bu kelimenin cem'i, bir birinden ayrılmış olan parçaların yekdiğerine tam bir şekilde tevafuk etmesi demektir. Şu hale göre, farz hükümlerin yekdiğeri üzerine mutlak bir temamiyet ile tetabuk etmesi neticesi olarak, o hükümlerin mantıkî ve tatbikî bir halde insan üzerine mecburiyet tahmil etmesidir. Hukuk tabiri olarak farz, kat'î delillerlerle yani dolayısiyle olmayıp, doğrudan doğruya olarak şari'den geldiği, hiç bir şüphe ve tereddüde mahal vermeyecek şekilde, nass halinde ve sarih bir surette sabit bulunmuş olan vecibelerdir. Bu vecibenin farz hükmünü alabilmiş olması için iki şartın mevcudiyeti lâzımdır:

Birinci şart: Delilin nass halinde kat'î olarak istihdaf ettiği mevzua tetabuk etmesi lâzımdır. Misal: (Ayet) «Allah faizi haram kıldı» ayetinde olduğu gibi. Bu hükmün delili olan nehiy, doğrudan doğruya istihdaf etmiş olduğu faiz mevzuu üzerine tetabuk etmektedir. Zira faiz (riba)in manası tamamen zahir olup her hangi bir başka fiile alem olmak istidadında değildir. Bundan başka ayetteki delil kat'î olup, nass halinde tecelli etmiş bulunmaktadır. Diğer misal: Namazın farz bulunduğunu gösteren ayeti celilelin meali, muayyen vakitlerde namaz kılmak Cenabı Hak tarafından insanlara şüphe ve tereddüde mahal kalmayacak şekilde

farz kılmıştır, şeklindedir. İşte bu ayette kat'î ve nass halinde bir delil ile namazı sabit kılmaktadır. Kezalik, (Namaz kılmak suretiyle bizi tehattur etmeyenler, bu dünyada sıkıntılı bir hayat sürecekleri gibi, kıyamet günü mezarlarından da gözleri görmez bir halde kalkacaklardır.) mealindeki ayeti kerime de bu farzın kat'iyyen terk edilemeyeceğini sarahaten ifade etmektedir.

İkinci şart: Farzı gösteren delilin alınmış bulunduğu mahal ile bu delilin intikali sureti hiç bir tereddüde mahal vermeyecek şekilde sarih bir surette isbat edilmiş bulunmalıdır. Yukarda zikretmiş olduğumuz misallerdeki delillerin her ikiside Kur'andan alınmışlardır. Binaenaleyh ne alınmış oldukları mahal için, ne de sureti intikalleri hususunda en küçük bir tereddüt dahi bahis mevzuu değildir. Kezalik bu delillerin doğrudan doğruya Cenabı Hak tarafından inzal buyrulmuş olan deliller olduğunda da zerre kadar iştibah yoktur. Bu zikretmiş olduğumuz şartlardan birisine, şüpheyi izale eden manasına gelmek üzere (kat'iyet), bu hususdaki delile de (kat'î) denilmektedir.

İkinci şarta ise: Menbaının yakın olması, Cenabı Hakka kadar irca edilebilmesi dolayısiyle yakiniyyet ve bu yakîniyyeti gösteren delile de yakîn denilir.

Farzın hukukî neticeleri ikidir.

1 — İnsan yalnız farzın mevcudiyetine ve ittiba edilmesi mecburi bulunduğuna inanmakla iktifa etmeyerek, ayni zamanda bu inanışını tatbik sahasında intikal ettirecektir. Yani yalnız inanmakla kalmayıp farzı ifa da eyleyecektir. Zira farzda hem inanmak, itikat etmek, hem de itikat edilen hususu ifa eylemek mecburiyeti mevcuttur.

2 — İster tatbikatta, ister itikatta farzı inkâr veya istihfaf eden veya inanmakla beraber ehemmiyetini istisgar eden kimse kâfir olur. Yani küfür ile muatep bulunur. Şer'î bir özrü olmayarak inandığı halde farzı terk eden kimse ise, kâfir olmayıp ancak günahkâr olmuş olur.

Farzın icrası hususunda kabul edilmiş bulunan şer'î özürler ikidir.

1 — Tehdit veya ölüm tehlikesini mucip olan zecir hali, ki buna (ikrah) denilmektedir.

2 — İnsanın farz olan vecibeyi ifa hususunda ademi iktidara maruz bulunması. Bu husus on altı türlü arızayı muhtevi bulunmaktadır ki, bu cildin dördüncü faslında uzun uzadıya bahis mevzuu edilecektir.

* * *

FARZIN ENVAI

Farz, İslâm Ümmetinin mecmuunu alâkadar edip etmemesi bakımından iki nev'e ayrılmaktadır.

1 — Farzı kifaye (obligation inéluctable suffisante)

Bu öyle bir farzdır ki, şari'in emrinin ifa edilmiş bulunması ve emredilmiş olan mecburiyetin yerine getirilmiş olması için müminlerden bazılarının o vecibeyi ifa etmiş bulunmaları kâfidir. Müminlerden bazılarının bu vecibeyi ifa etmiş olmaları ile şari'in matlubu hasıl olmuş olur. Diğer müminler ise artık bu vecibeyi ifa mecburiyetinden kurtulmuş bulunurlar. Misal: Cenaze namazı gibi. Cenazeyi götüren müminlerin bu namazı eda etmiş olmalariyle bütün müminler, bu vecibeyi ifa etmiş sayılmaktadırlar. Binaenaleyh bütün bu nev'e dahil bulunan farzların, bütün müminler tarafından değil, ancak bir kısmı tarafından ifası kâfi gelmektedir. Bu bir kısım müminlerin o vecibeyi eda etmeleri bütün müminlerin ifa etmiş addedilmeleri için kâfi gelmektedir.

2 — Farzı Ayın (obligation inéluctable incombante). Bizatihi herkes tarafından icrası mecburî bulunan farzdır. Bu fiilin farz olmasını istilzam eden gaye, ancak her müslim tarafından icrasiyle elde edilebilir. Bütün müminler bu nev'e dahil farzları, yegân yegân ifa mecburiyetinde olup, diğerlerinin ifası ile kendi üzerlerinden sakıt olduğu iddiasında bulunamazlar.

Bu nev'e dahil bulunan farzların netayici hukukiyesi, her müminin ferden bu vecibeyi ifa etmek mecburiyeti kat'iyesidir. Misal: Zekât gibi. Menkul emvali nisab haddini tecavüz eden her müslim için bu haddi tecavüz eden miktar üzerinden zekât vermek, farzdır ki bu had kırkta bir nisbetinde bulunmaktadır. Farz: Mahiyeti itibariyle ikiye ayrılır.

1 — Farzı Muayyen. Her nevi tereddüt ve şüpheden azade, olarak mahiyet ve tabiatları itibariyle muayyen bulunan farzlar bu nevidendir. Bu neviden olan farzları her müslim ayni mecburiyeti kat'iyye ile ifa mecburiyetindedirler. Hiç bir kimsenin bu neviden olan farzlarda her hangi bir surette tadil icra etmek hak ve selâhiyeti yoktur.

2 — Müphem, veya mukayyed farzlar. (ambigue) Bazı farzlar da vardır ki insana tahmil ettiği vecibe muayyen olmayıp ferdi, bir kaç fiili ifa mecburiyeti karşısında muhayyer bırakmak suretiyle gayri mu-

ayyendir. Bu nevi farzlara mukayyet farzlar denilmektedir. Farz tektir. Ancak şari' o mükellefiyeti eda için mükellefe müteaddit mecburiyetler tahmil etmiştir. Mükellef bu müteaddit mecburiyetlerden birisini ifa etmekte serbesttir. Misal: Yeminini nakzeden kimse, yemin kefareti olarak ya üç gün oruç tutmak, ya on fakiri doyurmak ve yahut ta on fakiri giydirmek mecburiyetindedir. Bu üç mecburiyetten her hangi birisinin ifası, o farzın ifası bakımından şeriat nazarında müsavidir. Binaenaleyh mükellefin bu üç nevi vecibeyi intihabına, ihtiyarına göredir ki, farz müphemiyetten çıkarak muayyen hale gelmektedir. Başka bir deyim ile, bidayette gayri muayyen bir şekilde bulunan farzı, mükellefin ihtiyar ve intihabı, muayyen hale ifrağ etmiş bulunmaktadır.

* * *

VACİP

(Du dovoir impérieux)

Arapça vacip kelimesi usulüne tevfikan mesai sarf edilmek suretiyle bir müçtehit tarafından vücude getirilmiş olup, ittiba edilmesi mecburî bulunan hükmü ifade etmektedir. Bu hükme vacip ıtlak olunması sebebi, fiilin icrasını amir bulunan delilin farzda olduğu gibi, nass halinde bulunmaması ve farzı sabit kılan delil gibi, başka delillerin ianesine lüzum hasıl olmadan bizatihi isbat kabiliyetini haiz bulunmaması dolayısiyledir. Bilâkis, vacibi isbat eden delil, ayni fiili istihdaf eden diğer deliller ianesiyle vücut bulmuş, zihnî bir faaliyet neticesi olarak meydana gelmiştir. Mesaii zihniye neticesi vücude gelmiş olan hüküm, istinad etmiş bulunduğu ikinci delilin istihdaf ettiği fiil ile aralarında mevcut münasebeti mantıkiyeye dayanmış bulunmaktadır.

Yukarda zikretmiş olduğumuz veçhile, kurban bayramının birinci günü kesilen kurban vaciptir. Zira böyle bir günde kurban kesilmesi hususu, nass halinde her hangi başka bir delilin ianesine muhtaç olmadan kat'î bir delil ile sabit değildir. Filhakika (venhar - kurban kesiniz) ayeti müslümanlara kurban kesmek mecburiyetini tahmil etmektedir. Ancak bu kurbanın ne zaman kesileceği hususunu tayin etmemektedir. Kurbanın kesilmesi mecburî olan zaman, yani ne vakit kesileceği hususu kurban kesmek fiiline mahsus sair yardımcı deliller ianesi ile tesbit

edilmiş bulunmaktadır. İşte bunun içindir ki bu hususdaki delil (kat'î) olmayıp (zannî) telâkki edilmektedir. Nitekim ayeti kerime ile emredilmiş bulunan kurban kesmek mecburiyetinin kurban bayramının birinci günü yapılması hususu, Hazreti Peygamberin sünnetine istinat etmektedir. Ancak bu sünnette dahi kurban'ın başka günler kesilemeyeceğine dair bir kayıt yoktur. Yalınız Hazreti Peygamber (Kurban Bayramının birinci günü hal ve vakti yerinde olup ta kurban kesmeyen kimse, ibadet ettiğimiz mahalle yaklaşmasın) diye buyurmuşlardır. İşte bu deliller bir ameliyeyi zihniye icrasiyle kurban kesiniz mealindeki ayeti celileye tatbik olunmuş ve kurban bayramının birinci günü kurban kesilmesi vacip olmuştur. Görülüyor ki kurban kesmek vecibesinin kurban bayramının birinci günü icrası hususu, kat'î bir delile istinat etmemektedir.

Vacibin netayici hukukiyesi üçtür.

1 — İbadete müteallik olup, vacip bulunan ahkâma tamamiyle mutavaat mecburiyeti vardır. Zira ibadete müteallik vacibler kat'î delillerle sabit bulunan hükümlerden inşiap etmiş ve kat'î olan deliller ianesile vücut bulmuştur. Misal: Kurban Bayramının birinci günü kurban kesmek mecburiyeti hukukiyesinde bulunmayan müslim, bu kurbanı ayni günde ifa etmek mecburiyeti diniyesindedir.

2 — Vacibi inkâr eden kâfir olmaz. Ancak, günahkâr ve fasık olmuş olur.

3 — Vacibi eda etmeyen müslim ahirette azaba müstahak olur. Bu bahsi bitirmeden evvel okuyuculara şu noktayı hatırlatmak isteriz ki vacip kelimesi bazı kerre (farz) manasını ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Bilfarz Hazreti Peygamberin « Namaz, kadın ve erkek bütün müslümanlara vacip olduğu (vecebe) hadîsinde olduğu gibi, burada vacip kelimesi aynen farz kelimesinin yerine kullanılmış bulunmaktadır.

* * *

SÜNNETİ PEYGAMBERİ DOLAYISİYLE VÜCUT BULAN VECİBELER ile BU VECAİBE TERETTÜP EDEN AHKÂM

Sünnet kelimesi açık ve vazıh fiil manasına geldiği gibi, bir kimsenin muayyen bir noktaya varmak için attığı adıma da bu mana verilmektedir. Sünnet kelimesinin cemi sünendir. Teşri yolunda Hazreti

Peygamberin atmış olduğu adımları gösterir. Yukarıki bahislerde de izah etmiş olduğumuz veçhile sünnet üç kısma ayrılmaktadır.

1 — Allaha isal eden yol ki, buna süneni hüda denilmektedir. Dindar, musalli kimseler tarafından takip olunan yol, bu yoldur.

2 — Süneni revabit (formant appoint). Bu nev'e dahil sünnetlerin bu suretle tesmiyeleri sebebi, emri ilâhi ile bildirilmiş olan ahkâmı ikmal ve itmam eylemeleri dolayısiyledir. Bu nev'e dahil bulunan sünnetler muamelâtta vacip kıymetini haizdirler. Misal: «Hadîs» (Selem akdini icra eden kimse, bu akdi muayyen bir ölçü ve muayyen bir müddet üzerine akdeylemelidir.) de olduğu gibi.

Selem, umumî manadaki akid envaından birisidir. Binaenaleyh umumiyetle akdi meşru kılan hükme istinat etmektedir. Ancak, selem akdini muayyen bir ölçüyü ve eceli tayin etmek suretiyle ifa etmek bu akdin tam ve kâmil olması için lüzumludur. Şu halde bu şartlara riayet etmek, süneni revabıta mutavaat etmek demektir. Hükümlerin ikmal ve itmamını vücude getiren sünnetler (süneni revabıt) muamelâtın bizatihi haiz bulundukları hükümlere, yani bu ef'alin farz veya vacip bulunmaları hükümlerine, ne bir şey ilâve eder ne de eksiltir. Ancak Cenabı Hakkın evamiri ile hüküm altına alınmış bulunan bu ef'ali ikmal ve itmam ederler. Hazreti Peygamberin selem akdinin ne suretle icra edileceğini gösteren hadîsi gibi.

3 — Ziyade olan sünnetler (Süneni zevait) Hazreti Peygamberin itiyat dolayısiyle icra etmiş bulundukları ef'alin taklit edilmesi, bu nev'e dahil sünnetleri vücude getiriş. Bu sünnetler de Kur'an ile vücut bulan sünnetleri ikmal ve itmam vasıfları mevcut değildir Hazreti Peygamberin her günkü ef'alini gösteren hareketlerdir. Dinî bir maksadı istihdaf etmemektedirler. Misal: (Hadîs) «Geceleyin su kablarınızın üzerini örtün ve kapınızı kapatın» hadîsinde olduğu gibi. Bu hadîs muhtevasının ademi icrası hiç bir günah tevlit etmediği gibi, kerahet de husule getirmez.

* * *

NEDB VASFI İLE HÜKÜMLENDİRİLEN FİİLLER
(Embellies)

Bu fiillere mendup denilmesi sebebi, fiillerin bizatihi hoşa gider mahiyette bulunmaları; ve ammece tahsin edilir vasıfta olmaları itiba-

riyledir. Araplar, mendup sıfatını hoşa gitmek vasfını haiz olan şeylere izafe etmektedirler. Bu kelime nidabe den gelmektedir ki, manası bir şeyin güzel taraflarını zahire çıkarmak demektir. Bir satıcının müşteriye malının güzelliklerini irae etmesine nidabe denir. İşte şeriatın da saliklerine bir fiilin güzelliklerini göstermesi ve bu güzellik dolayısiyle bu fiile ittiba edilmesini istemesine mendup fiiller denilmektedir. Bu kabil ef'ale aynı zamanda «habebe» den gelen ve sevdirmek vasfını haiz olan şeyler demek manasınā olan müstehab fiiller de denir.

* * *

MÜBAH OLAN FİİLLER

(permises)

Mubah addedilen fiiller, işlenmesine kanunun cevaz vermiş bulunduğu fiillerdir. Tabiri diğerle şeriat, mübah olan filleri işlenip işlenmemeleriyle alâkadar değildir. Kanunun işlenip ve işlenmemesi için bir memnuiyet vaz' etmemiş bulunduğu ef'al mübah nev'ine dahil bulunmaktadırlar. Araplar mübah kelimesini devenin sırtındaki yükte muvazene tesis için vaz' ettikleri ağır cisim için kullanmaktadırlar.

Bir fiilin mendup olduğunu gösterecek şekilde mezayası tadat edilmediği, veya men olunmadığı takdirde bu fiil mübah olacağı gibi, kezalik gerek fiilin mahiyeti itibariyle ve gerekse icrası hususu nazara alınarak fiilde mündemiç bir memnuiyet veya kerahetin mevcudiyeti işaret olunmamış bulunan ef'al de mübahtır. Şu halde terk edilmesi veya icra olunması kanun nazarında müsavi bulunan ef'ale mübah ıtlak olunur. Bu izahatımızdan da anlaşılacağı üzere, gerek mendup ve gerekse mübah olan fiiller, helâlın mertebesinden ibarettirler. Helâl kelimesi ise «halele» fiilinden gelmektedir. Devenin yularını çözerek satın alan kimseye, deveyi teslim etmek manasınadır. Kâinatın sahibi olan Cenabı Hak da kâinatta mevcut fiillerden bazılarının yularını çözerek kullarına tevdi etmiş, yani o fiillerin işlenmesi müsaadesini onlara ihsan eylemiştir.

* * *

HARAM

Araplar gayri meşruiyeti ifade için haram (illégalité) kelimesini istimal etmektedirler. Haram «hareme» sülâsisinin hasılı mastarıdır. Bir sahayı tahdid için dıvarla çevirmek manasınadır. Şu halde haram, şeriatın ceza tehdidi altında bir mania ile çevirmiş bulunduğu yer demektir ki, insan bu hududu aşınca muatep olacaktır. Cenabı Hak bazı fiilleri ceza hududlariyle ayırarak kullarını oraya girmekten men buyurmuşlardır. Bu hududlar dahiline giren mümin İslâm Hukukuna göre, meşruiyet sahasını tecavüz etmiş ve binaenaleyh ceza ile muatep kılınmıştır. Haram hususunda birinci cildde lâzım gelen mufassal malûmat ita olunmuş idi; binaenaleyh fazla tafsilât için o bahislere müracaat olunmalıdır. Burada vereceğimiz izahat birinci cilddeki tafsilâtın mütemmimi olacak ve bilhassa haram olarak tavsif edilmiş olan ef'ale tatbik edilmekte bulunan hükümlerin ne suretle tatbik olunduklarını gösterecektir. Haram olan her fiilin neticeyi hukukiyesi, işliyen kimseyi bir ceza müeyyidesi altına vaz etmesidir.

* * *

Haram addedilen fiiller iki kısma ayrılırlar:

1 — Bizatihi haram olan fiiller, birinci kısmı teşkil etmektedirler. Bu kısma dahil ef'al ve eşyanın haram addedilmiş olması, mahiyet ve tabiatları iktizasıdır. Başka bir deyimle hüvüyetlerinde menedilmiş olması lâzım gelen bir sebeb ve illeti muhtevi her fiil, her şey haramdır. Memnuiyet hükmü bunlara hüvüyetlerinde meknuz bulunan illet dolayısiyle izafe edilmiş bulunmaktadır. Misal: Domuz eti gibi.

2 — Bu kısma dahil bulunanlarda bizatihi, yani mahiyet ve tabiatları iktizası haram vasfı mevcut olmayıp bu vasıf, kendilerine haricî bir tesir ile izafe kılınmaktadır. Başka bir deyimle, memnuiyet vasfı bunların tabiat ve hüvüyetlerinde meknuz değildir. Bilâkis bunlara ittisali olmayan bir vasıfdır. Bunlar o fiil ve şeyin zatından hariç başka bir sebeb ve illetin tesiri ile haram kılınmışlardır. Misal: Çalınmış veya cebren alınmış, bir şey haramdır. Birinci kısımda verdiğimiz misalda, domuz eti bizatihi haram olup, haricî tesir olmaksızın haram kılınmıştı. Halbuki bu misalde vaziyetin böyle olmadığı görülmektedir. Çalınmak suretiyle gayri meşru olarak temellük edilen nesnenin zatında

bir hörmet mevcut değildir. Bilfarz çalınan şey bir dilim ekmek olsa, bu bir dilim ekmek bizatihi hiç bir suretle haram vasfını haiz değildir. İnsan bu ekmeği yemek suretiyle hiç bir günaha girmiş olmaz. Ancak, (hırsızlık) fiilinin bu ekmek dilimine ittisal peyda etmesiyledir ki, bu ekmek haram vasfını almış olur. İşte hırsızlık fiilinin haram olunması çalınmış olan ekmek dilimini de haram haline sokmaktadır.

Arap müçtehitleri birinci kısımdaki haramlara, yani bizatihi haram olanlara «haram liaynihi», haricî bir fiilin tesiri ile haram vasfını iktisap edenlere de «haram ligayrihi» demektedirler.

Nass halinde haram olan bir şeyi bilerek istimal eden, ve yine nass halinde haram olan bir fiili bilerek icra eden kimse, ulemadan bir kimse ise kâfir olur. Haram vasfı o şey, veya fiile zannî bir delil ile izafe edilmiş ise işleyen sadece günahkâr olur.

* * *

KERAHET

(De la répugnance)

Araplar mekruh kelimesiyle şari'in insanda nefret hissini tevlit etmek hükmü ile vasıflandırdığı ef'al ve eşyayı kasdetmektedirler. Kerahete mütedair İslâm Hukukunda iki fikir mevcut bulunmaktadır. Bu fikirlerden birincisi İmamı Azam ile İmam Ebu Yusufa ait bulunanıdır. Bu iki büyük üstada göre, kerahet iki nev'e ayrılmaktadır.

1 — Haram vasfı ile hiç alâkası bulunmayan ve bu vasıftan tamamiyle ayrı olarak mekruh bulunan eşya ve ef'al. Bunları keraheti tenzihiye diye tevsim etmektedirler.

2 — Harama yakın bulunan ve mekruh telâkki edilen eşya ve ef'al Bunlara da keraheti tahrimiye denilmektedir ki, harama yakın bulunan kerahetler demektir.

İkinci fikir, İmamı Muhammede aittir. Müşarünileyhe göre, kerahetin haram ile hiç bir suretle alâkası mevcut değildir. Tamamiyle haramdan ayrı bir hükümdür. Eğer fiil harama yaklaşmış, o vasfı gösterir bir vaziyette bulunmuş ise artık o şey veya fiilin herahetle bir alâkası kalmayıp doğrudan doğruya haram olmuş olur. Ancak biz burada şu

noktayı tesbit etmek isteriz ki harama yakın kerahetlerle (keraheti tahrimiye) haram arasındaki fark; haramın delili kat'î yani nass ile sabit olması ve harama yakın kerahetin ise delili zannî ile sübut bulmasındadır. Delili kat'î ile sabit olan bir farzın terk edilmiş olması, haram hükmünü; zannî bir delil ile sabit olan vacibin terk edilmesi ise harama yakın kerahet hükmünü vücude getirir. Keraheti tenzihiye ise yukarda izah etmiş bulunduğumuz süneni zevait'in terki ile husul bulur. Mendup olan fiillerin terki hiç bir hüküm vücude getirmemektedir.

* * *

VAZ'Î HÜKÜMLER

Bu bahisle İslâm Hukukunun en müşkül ve fakat en ince bir sucette üzerinde işlenmiş bulunan bir bahsine temas etmekteyiz. İslâm Hukuku mevzuası, bu hukukun teessüsü için çalışan zevatın en yüksek bir dereceye i'lâ etmiş bulundukları, hukuk sisteminin zirvesine çıkardıkları tatbikat kısmını (fürû') teşkil etmektedir ki, heyeti mecmuası islâm kanunu umumîsini vücude getirmiş bulunmaktadır. Bu hukukun hayrete şayan olan noktası, ilk insan cemiyetlerinin teşekkülünden bu güne kadar insan ef'ali muvacehesinde bu derecede kudreti ittisaiye arz eden bir hukukun mevcut olmamasındadır. İslâm hukuku mevzuası da, hukukun diğer sahaları gibi münhasıran ve münhasıran aslî dört menbadan istihraç edilmiş delillere, asıllara, bir kelime ile ifade etmek lâzım gelirse; vahye müstenit hakikatlere istinat etmiş bulunmaktadır. Esasen bu esaslara istinat etmemiş bulunan her hangi bir hukuk kaidesi, islâm içtihadı hukukiyesinde yer almamıştır. Almasına da imkân mutasavver değildir. Zira böyle bir hareket, dine ademi riayeti, yani dinsizliği vücude getirmektedir. İslâm hukuku mevzuasının bütün hükümleri, insan ef'alinin müsbet bulunan vasıflarına istinat etmekte olup, vahye müstenit esaslar dairesinde şer'î hükümler iktisap eylemişlerdir. Ahkâmı esasiyeye kaynak teşkil eden dört menba, hukuku mevzuanın da delil ve asıllarını vücude getirmektedir. Vaz'î hükümler insan ef'aline mürettep tekliflerin tarzı icrası hususunda yine menbalara istinat edilmek suretiyle, islâm hukuk uleması tarafından vücude getirilmiş bulunan hükümlerdir. Görünüşünde talî derecede bulunmakta iseler de in-

san ef'alinin, ve bilhassa akitlerin hukukî bir kıymet iktisap edebilmeleri bakımından ahkâmı esasiyenin ayrılmaz bir cüz'ünü teşkil etmektedirler. Bu hükümler öyle usuller vücude getirmiş bulunmaktadırlar ki, bu usullerden tek bir tanesinin ademi mevcudiyeti, o fiili hükümsüz bırakmakta, fiil ancak bu hükümlerin mevcudiyet veya ademi mevcudiyetiyle meşruiyet veya ademi meşruiyet (modus operendi) iktisab eylemektedirler. Misal: Beyi, İslâm Hukukunun esasına göre meşru addedilen, ve binaenaleyh şari'in müsaadesine iktiran etmiş bulunan bir fiili insanîdir. Şari' alım ve satımı nass halinde meşru kılmış bulunmaktadır. Ancak, bu akdin hâkim nazarında tam ve mükemmel bir surette inikat etmiş bulunduğunun anlaşılması için talî olarak telâkki edilen vaz'î hükümlerin vücude getirmiş bulunduğu şartlar dairesinde vücude gelmiş bulunması lâzımdır. Mahkeme huzurunda bu akdin bır kıymeti kanuniye iktisap etmesi için, bu şartların mevcudiyeti mutlak bir şekilde lâzımdır. Bu şartların ademi mevcudiyeti akdin hiç bir kıymeti kanuniye iktisap etmemesini, ve binaenaleyh fasit veya batıl olmasını intaç etmektedir.

Vaz'î hükümlerin mahiyet ve menşe'leri ile tesirlerini sarih ve vazıh bir surette göstermek için, bilvesile bir kerre daha bahsetmiş olduğumuz bir misali, burada zikretmekliğimiz lâzım gelmektedir. Bu misal (Rehin edilen şeyin, kendisine rehin olunan kimsenin temellükü altına girmiş bulunması lâzımdır) mealindeki ayeti kerimedir. Bu ayetin manası rehinin menfaatleri tahtı emniyete alabilmesi için, mürtehin (rehin olunan kimse) in eline geçmiş olması lüzumunu göstermektedir. Teklifi mutazammın olan bu hüküm (rehin) in helal, meşru bulunduğunu göstermektedir. Rehin akdi de diğer akitler gibi icap ve kabulün teatisi suretiyle vücude gelmektedir. Ancak rehin akdinin mün'akit olabilmesi için rehin edilen nesnenin, rehin olunan kimsenin kendisine tevdi edilmesi ve bu kimsenin de o şeyi temellükü altına almış bulunması lâzımdır. Görülüyor ki şari' olan Cenabı Hak rehin akdini esas itibariyle helâl kılmış bulunmaktadır. Ancak şari'in esas itibariyle meşru ve helâl kıldığı bir akdin tamam ve mükemmel bir surette mün'akit sayılabilmesi için, icap ile kabulün mevcudiyeti lâzım olduğu gibi, rehin eden kimse tarafından rehin olunan şeyin, kendisine rehin olunan kimseye teslim ve tevdii de şarttır. Bu şartlardan her hangi birisinin noksanı, nazarı hâ-

kimde, bu akde tam ve mükemmel surette inikat etmiş olmak vasfını veremez.

Görülüyor ki, akdin (inikad) etmiş olması keyfiyeti şari'in esas itibariyle meşru kılmış bulunduğu bir teklife, vaz'î hükmün inzimam etmesi suretiyle vukua gelmektedir. Binaenaleyh, rehin akdinde evvel emirde şari'in teklifine müstenit bir hükmü esasî mevcuttur. Cenabı Hak muamelâtta menfaatlerinizi rehin ile temin ediniz, demek suretiyle bu hükmü esasiyi tesis buyurmuş, rehin akdini helâl kılmıştır. Ancak, hâkimin rehin akdini, tam ve mükemmel bir surette inikad etmiş diye telâkki etmesi için, bu hükmü esasî kâfi değildir. Hâkimin böyle bir hükme varabilmesi için, bu akdin inikad etmesi bakımından mevcudiyetleri elzem bulunan vaz'î hükümlerin de tam bir surette vücut bulmuş olmaları lâzımdır. Bu hükümlerin en başında (inikad) keyfiyeti gelmektedir. Bu hüküm de ancak rehin edilen nesneyi, kendisine rehin olunan kimsenin temellükü ile vücut bulmaktadır ki, bu şart akdin «in'ikad" etmiş olması (modus concluendi) için lüzumlu bulunmaktadır. İnikad için lüzumlu bulunan şartlardan birisinin mefkudiyeti halinde mahkeme, akdin inikad etmemiş bulunduğuna hükmetmek mecburiyetindedir. Bu halde, bilfarz rehinin, kendisine rehin olunan kimseye teslim edilmemiş bulunması halinde, hâkim (teslim şartının ademi ifasına binaen rehin akdine inikad etmiş nazarı ile bakılamayacağına) hükmeder.

Vermiş olduğumuz bu misalden de anlaşılacağı veçhile, bir akdin inikad etmesi keyfiyetinin, vaz'î bir hüküm olmakla beraber, vahye müstenit hükümlerden ayrı telâkki edilmesine imkân mevcut değildir. Zira, asıl, menbalara istinat etmekte, şari'in Kur'anda buyurmuş olduğu, rehin edilen şeyin; kendisine rehin olunan kimsenin temellüküne girmesi gerektir, mealindeki ayeti kerimeye dayanmaktadır.

Binaenaleyh, vaz'î hükümler, şari'in teklifini muhtevî bulunan esas hükümlerin birer mütemmimi olup, esas hüküm derecesinde riayet edilmesi mecburî bulunmaktadır. Bu hükümler ihtiyarî bulunan ahkâmı esasiyeye teferru ettikleri takdirde, ihtiyarî bulunan hükmün, hüküm ifade etmesi için, yine mecburiyyü'r-riaye bulunmaktadırlar. Riayet olunması mecburiyeti bulunan bir hükmü esasiye teferru ettikleri zaman, mecburî olan şari'in emrini ifa için tatbik sahasına girmektedirler. Misâl: (Şahadetinizi ketmetmeyiniz) mealindeki ayeti kerimede olduğu gibi. Bu iradei ilâhiye insanlara yalan şahadette bulunmamayı,

teklif suretinde amir bulunmaktadır. Bu emirden yalan şahadetten kaçınılması, doğru dürüst bir şekilde şahadette bulunulması hükmü vücude gelmektedir ki, şahadet ederken doğruyu söylemenin farz, yalanı söylememenin haram bulunduğu bir teklifi ilâhi şeklinde anlaşılmaktadır. Kezalik yine bu emri ilâhi neticesindedir ki, şahadetin tarzı icrasına müteallik birer vaz'î hüküm olan, şahadetin nifaz ve lüzum hükümleri de vücut bulmaktadır. Başka bir deyimle vaki şahadetin hâkim nazarında bir kıymeti hukukiye iktisap etmesi için, ,lüzumlu şartlar da bu esas hükme istinat suretiyle meydana gelmektedir. Buradaki nifaz ve lüzum hükümleri vaz'îdirler. Şahadet müessesesinin tarzı icrası bakımından bir mevcudiyeti hukukiye iktisap etmesine yaramaktadırlar. Şahadetin nifaz (validité) hükmünü iktisap edebilmesi, şahit tarafından ketmedilmemesi, şahadet hususunda hiç bir şüphe ve tereddüt husule getirilmemesiyle kaimdir. Ketm kelimesi, arapçada vâsi' bir manayı haiz bulunmaktadır. Şahidlerin bildiğinin bir kısmını söyleyip bir kısmını söylememesi hususu ketm kelimesinin manasına dahil bulunduğu gibi, şahidin tamamiyle sükût etmesi veya hakikat hilâfına başka bir şey söylemesi hususları da ketm kelimesinin manasını muhtevî bulunmaktadır.

Şahadet etmek ehliyetini haiz olan bir kimse, şahadet edeceği husus hakkında bilgi ve malûmatını arz edip edemeyeceği hususunu takdir edebilen kimsedir. Bu hal o kimsenin şahadet edeceği hususu bilip bilmemesine göre değişir. Binaenaleyh hâkimin (şu hususa şahadet edecek misiniz?), sualine karşı edeceğim şeklinde müsbet cevap vermiş olan kimse; (edeceğim) sözünü sarf etmekle, şahadete müteallik bir muameleyi hukukiyeye, rıza ve muvafakatını bildirmiş olur. Ancak bu şahadetin, leh ve aleyhine şahadet edilen kimselerde bir kıymeti hukukî iktisap edebilmesi için, nifaz hükmünü ihtiva etmesi yani hâkimin bu şahadete kıymet vererek itayı hüküm edebilmesini temin edecek derecede sarih olması lâzımdır. İşte şahadetin nifaz hükmünü ihtiva etmesi şartı, vaz'î hükümlerdendir.

Yukarda da işaret ettiğimiz hükmü esasiyi teşkil eden ayeti kerime, şahadet hakkında nifaz vaz'î hükmünden başka, ikinci bir vaz'î hüküm vücude getirmektedir ki, o da lüzum (nécessité) hükmüdür. Malûmdur ki, şahadetin hükmü esasisi, Kur'anda mevcut bulunduğu gibi, bu şahadetin nisabı hususu da yine Kur'anda mezkûr bulunmaktadır. Bu nisap

iki erkeğin veya bir erkek ile iki kadının şahadet etmesi suretindedir. İmdi, hâkimin huzurunda vaki şahadeti, mer'î ve muteber telâkki etmesi için, bu şahadetin esasatı hukukiye ile müesses bir şekilde icra edilmiş olması, ve bu müessesenin istilzam ettiği bir şekilde lüzum ifade etmesi, yani yukarda söylediğimiz nisap dairesinde bulunması lâzımdır. Binaenaleyh hükmü esasî olarak meşru bulunan şahadet müessesesinin, vaz'î hüküm olarak ketmedilmemek, nisap dairesinde olmak üzere nifaz ve lüzum hükümlerini de cami bulunması gerekmektedir. Bu vaz'î hükümlerin şari'in (ketm) etmeyiniz hükmü aslisindeki (ketm) kelimesinin geniş manasına da istinat etmekte olduğu görülmektedir. Vaz'î hükümlerin ahkâmı esasiyeyi, yani teklifi mutazammın hükümleri ikmal ve itmam etmek vasfını haiz bulunduklarını müteaddit kereler tekrar etmiş bulunmaktayız. Hükmü aslî gerek mecburî ve gerekse ihtiyarî bulunsun, vaz'î hüküm bu hükmü aslilerin tarzı icrasını temine matuf bulunmaktadır. İnsanların aralarında yapılması mutad bulunan muamelât ve ukud, ancak bu tarzı icrayı gösteren hükümlerle, tamamiyet iktisap etmektedirler.

* * *

VAZ'Î HÜKÜMLERİN RÜKÜNLERİ

Rükün, teklif suretiyle hükümlendirilmiş olan bir fiilin dayanağıdır. Bu suretle hükümlendirilmiş bulunan bilumum ef'alin icra veya ademi icrası umumiyetle insanın iradesine bağlı bulunmaktadır. Binaenaleyh rükün, icra veya ademi icra hususunda fiilin mesnedini teşkil etmekle beraber, ayni zamanda bu kabil ef'ali beşeriyenin şartı aslisini de teşkil etmektedir. Misal: Beyi, Cenabı Hakkın helâl vasfı ile hükümlendirdiği bir fiili beşerdir. Ferd, sahibi bulunduğu bir malı satıp satmamak hususunda muhayyer bulunmaktadır. Tabiri diğerle insan beyi tesmiye edilen fiili işleyip işlememek hususunda muhtar bulunmaktadır. Fakat bir kere beyi fiilini işlemeğe karar verdikten sonra, esas itibariyle helâl addedilmiş bulunan bu muamelenin nazarı hâkimde kıymeti hukukiye iktisap edebilmesi için lüzumlu şartları muhtevi bulunması lâzımdır. Bu şartların en başında geleni ve en esaslısı ise rükündür.

İşte bunun içindir ki beyi akdinin rüknü icap ile kabuldür. Bir şeyin satılmış olabilmesi için, satıcının icapta bulunması, alıcının yani müşterinin ise bu icabı kabul etmiş olması lâzımdır. Beyi akdinde böyle olduğu gibi sair akidlerde de böyledir.

Akidde herşeyden evvel rüknün mevcudiyetine bakılır. Ancak rükün mevcut olduğu takdirdedir ki, sair şeraitin mevcudiyeti aranır. Rükünsüz akdi tasavvur etmeye imkân mevcut değildir. Kanun ancak rüknü mevcut bulunan bir akidde sair şartların mevcudiyet veya ademi mevcudiyetini nazara almıştır. Binaenaleyh rükün akde mevcudiyet veren ve bu mevcudiyet dolayısiyle vaz'î birer hüküm olan sair şartlara lüzum gösteren ahkâmı mevzuanın üssülesasını teşkil etmektedir.

* * *

Rükün ikiye ayrılmaktadır.

1 — Aslî rükün, 2 — Zait rükün.

A — Aslî rükün öyle bir rükündür ki, bu rüknün mefkudiyeti veya ademi mevcudiyeti o fiile mürettep hükmün tamamiyle butlanını intaç eder. Misal: İmânın rüknü, kalben tasdiktir. (tasdiki derunî) Kalben tasdik fiilinin mefkudiyet veya ademi mevcudiyeti, imanın vücudunu izale ederek ferdin kâfir olması neticesini tevlit eder. İman, insanın vicdanı üzerine müesses bulunan bir farzdır. Bu farzı, kalben ve vicdanen tasdik keyfiyeti vücude getirmektedir. Kalben ve vicdanen böyle bir tasdik mevcut bulunmadığı takdirde, rüknün mevcut olmaması dolayısiyle farz olan hüküm, madum vaziyetine düşmüş bulunmaktadır.

B — Şer'î bir özür dolayısiyle mürtefi olması halinde istinat etmekte bulunduğu fiili veya şeyi, hükmü şer'iden mahrum bırakmayan rükne (zait rükün) tesmiye edilmektedir. Misal: Kalbiyle tasdik nasıl imanın rüknü aslisi ise, dil ile ikrar da imanın zait rüknünü teşkil etmektedir. Bu zait rükün, ölüm tehdidine mukarin bir zecir neticesi ortadan kalkacak olsa bile, amakı kalbinde imanını muhafaza etmekte bulunan kimsenin iman hükmüne hiç bir halel iras etmez. Zira o kimse, rüknü aslî olan kalben tasdiki muhafaza etmekte, hayatını kurtarabilmek için zait rükün olan dili ile ikrardan fedakârlık yapmaktadır.

Zait rükün, aslî rüknü izhar eden, meydana çıkaran bir rükündür. Aslî rükün ile zait rükün arasındaki münasebetler. 1 — Bir memleke-

tin örfüne, 2 — Bir kanun hükmüne, 3 — Rüknü aslînin tabiat ve mahiyetine göre, kendilerini göstermektedirler. Rüknü aslînin izharı için bu üç vasfı farikin bazan bir veya ikisinin bazan da her üçünün mevcudiyeti lâzım gelmektedir. Zait rükün, iki nev'e ayrılmaktadır.

1 — Rükün, keyfiyeti dolayısiyle rüknü zaittir. Rüknü aslî bir fiil, bir işaret, veya bir hal dolayısiyle meydana çıkar. Zahir olur. İmanın rüknü aslîsi bulunan fiil ile, ikrar keyfiyetinin söz vasıtasiyle tezahür etmesi gibi. Diğer misal: Bilfarz kira akdinde bu akdi izhar eden yazılı mukavele zait bir rükündür. Mukavelenin ademî mevcudiyeti, akdin butlan veya fesadını mucip olmaz.

2 — Rükün kemiyet itibariyle rüknü zaittir. Kemiyet bir şeyin mikdarı itibariyle vasfını göstermektedir. Bilfarz her hangi bir nesnenin ağırlık veya hafifliğini gösteren ölçüler, o şeyin kemiyetini irae etmektedir. Kezalik, beyi akdinde satılan şeyin fiyatı, o nesnenin kemiyyeti, ve binaenaleyh rüknü zaidîdir. Müşteri satılmış olan nesnenin fahiş bir fiyatla satıldığını iddia eder, satıcı da bu iddiayı kabul ederek bedelden bir mikdar tenzilât icra eylerse, bu tenzilât dolayısiyle akdin kıymetine halel gelmez. Kezalik bu tenzilât dolayısiyle akdi tecdide de ihtiyaç yoktur. Zira beyi akdinde bedel, bu akdin rüknü zaidini teşkil etmekte ve rüknü zaide müteallik muamelât ise, akdin esasına halel iras edememektedir.

* * *

Rükün hükümleri hazırlayıcı mahiyetini de haizdir (muit). Bunun içindir ki akidlere rükün dayanağı sayesinde muhtelif vaz'î hükümleri sinesinde cem etmek için müstahzar mahaller, (muat) itlak olunmaktadır.

* * *

Rüknün mevcudiyetiyle müstahzar hale gelmiş olan akid, artık vaz'î hükümleri iktisap etmeye ehil bulunmaktadır. Akdin iktisap edeceği bu vaz'î hükümler ise aslî ve fer'î olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar. Birincilere aslî olan vaz'î hükümler denilmektedir. Aslî olan vaz'î hükümler, o akdin kendilerine tahammül edebilme istidadını haiz olan hükümlerdir ki, bu istidatları dolayısiyle (müstait) ünvanını almaktadırlar. Aslî hükümler akid üzerinde icra etmiş bulundukları tesir dolayısiyle, fer'î hükümlerin vücude gelmesine sebebiyet vermektedirler. Fer'î hüküm-

ler aslî hükümlerin akde tatbiki neticesi vücut bulmaktadırlar. Tabiri diğerle fer'î hükümler, aslî hükümlerin birer neticesinden ibaret bulunmaktadır. Aslî hükümler şunlardır :

1 — İllet (La raison))
2 — Sebeb (La cause)
3 — Şart (La condition)
4 — Alâmet (Le signe avertissant)

Fer'î hükümler şunlardır :
1 — Sıhhat (La vérité)
2 — İnikat (La conclusion)
3 — Nifaz (La validité)
4 — Lüzum (La nécessité d' exécution)

Akidlerin istidatları dolayısiyle vücude gelen bu dört fer'î hükmü bu faslın baş tarafında tetkik etmiş idik. Binaenaleyh burada artık rücu etmeyerek aslî olanlarla iştigal edeceğiz.

* * *

Her akidde rükün, hazırlayıcı (muit); akdin bizatihi kendisi müstahzar (Muat); yani sair vaz'î hükümleri iktisaba müstait mahaldir. Misal: Beyi akdinde icap ile kabul rüknü teşkil etmektedir. Sair vaz'î hükümler ancak bu rükün üzerine istinat edebilirler. Bu vaz'î hükümler de icap ile kabulden ibaret bulunan rüknün anî tesiri neticesi olarak vücut bulmaktadırlar. Tabiri diğerle, icap ile kabulün yekdiğerine tam bir mutabakat halinde telahuk etmeleri neticesidir ki, sair vaz'î hükümler vücude gelmektedir. İcap ile kabulün telahuku neticesi husule gelen hükümler, vaz'î hükümlerin aslî olan kısımlarını teşkil etmekte, ve bu suretle vücude gelen aslî hükümler de yukarda tetkik etmiş bulunduğumuz vaz'î hükümlerin fer'î olan kısımlarını meydana getirmektedir. Fer'î olanlarını yukarda tetkik etmiş olduğumuz için burada esaslı bir surette aslî olan hükümleri tetkike çalışacağız.

* * *

İllet (de la raison) İllet ihtiyarî teklifi mutazammın hükümlere tabi olan bilumum ef'ali beşeriyeye, şari'in tatbik etmiş bulunduğu bir hükümdür. Bu kabil ef'ali, şari' haddi zatında helâl olarak telâkki etmiş olup ancak, işlenip işlenmemeleri hususunda bir mecburiyet tahmil et-

memiş bulunmaktadır. İşte bir mecburiyet tahmil edilmemiş bulunan bu ef'ale mürettep bilumum vaz'î hükümlerin menşeini illet hükmü teşkil etmektedir. Daha sarih bir surette izah edilmek istenilirse illet; şari'in işlenip işlenmemeleri için bir mecburiyet tahmil etmemiş bulunduğu ef'ali beşeriyenin icrası hususunda, insanı karar ve niyete sevkeden sebeb ve saikten ibarettir. Filhakika insan bu saikle bu kabil ef'ali icra için kasıt ve niyet izhar edebilmekte ve bu fiilleri icra etmektedir. Misal : Beyi akdi gibi. İnsanı bir şeyi satabilmeye sevkeden sebeb ve saik, yani beyi akdinin illeti, ferdin satılacak olan nesneye malikiyetidir. Her hangi bir beyi akdinin kıymeti hukukiye ibraz edebilmesi için, satılan şeyin, satan kimsenin mülkiyeti altında bulunması ve alan kimsenin ise, satanın malı bulunan bir nesneyi satın almış bulunması lâzımdır. Binaenaleyh şari'in ihtiyarî bir teklif olarak hükümlendirmiş bulunduğu beyi akdinde (malik olma) keyfiyeti akdin cevherini teşkil etmekte. ve bu akid üzerinde mutlak bir tesiri haiz bulunmaktadır. Zîra beyi akdinin mutlak olan illet hükmü mülkiyettir. Beyi akdini vücude getirerek müesses bir hale koyan, ve ona nifaz ve sıhhat hükümlerini izafe eden hükmü aslî; satılan malın satan kimsenin mülkü olması illetinde mündemiç bulunmaktadır. Usule müteallik bazı kitablarda klâsik olan bu tariften başka diğer bir tarif vardır ki, illetin anlaşılması hususunda bizce daha kolay bir tarif olduğu için, onu da nakletmeyi faideli bulmaktayız. Bu tarife göre, illet, icra veya ademi icrası ihtiyarî bulunan bir fiilin icrası halinde, o fiile bir mevcudiyeti hukukiye verebilmek için varlığı şart olan bir hükümdür. Ancak bu hükmün mevcudiyeti iledir ki icra olunan o fiil icra edilmiş addedilerek, netayici hukukiye tevlit edebilmek istidadını ihraz eder.

İllet hükmü hakkında İslâm Hukukunda iki fikir mevcuttur :

1 — Bu fikirlerden bibrincisi Hanefîlere ait bulunmaktadır. Bunlara göre, bu kabil ef'alde illetin bir mahiyeti kanuniye arzedebilmesi için, ait bulunduğu fiile muttasıl bulunması, ve tekaddüm etmiş olması lâzımdır. Aksi takdirde, yani gayri muttasıl olup da tekaddüm etmemiş bulunduğu takdirde illetlendirdiği fiil batıl olmuş olur. Misal: Beyi akdinin illeti bulunan mülkiyetin, bey'e tekaddüm eden bir zamanda mevcut olmuş bulunması, ve beyi fiiline muttasıl olması lâzımdır. Binaenaleyh satıcı olan kimse, beyi akdini icra ettiği anda, o malın maliki bulunmayıp da, bu mala ancak istikbalde sahip olacaksa, illet, bu satış fi-

iline muttasıl bulunmadığı gibi, bu fiile tekaddüm etmiş de değildir. Bunun için de beyi batıldır. Uzak veya yakın bir istikbalde miras tarikiyle kendisinin mülkü olacağını bildirerek, babasına ait bir gayri menkulü satan oğlun yapmış olduğu beyi akdi gibi ki, satıcının yakında veraset tarikiyle mülküm olacak olan falan gayri menkulü sattım tarzındaki icabına, alıcı, (aldım) diyerek kabulde bulunsa, bu akid, batıl olmuş olur. Zira, satıcı henüz maliki bulunmadığı bir nesneyi satmış, beyi akdinin illeti bulunan hükmü aslîde, tekaddüm ve ittisal hassaları mevcut bulunmamıştır.

2 — İkinci fikir Şafiîlere aittir. Bunlara göre, satılan malın günün birinde satıcının mülkü olacağı muhakkak ise, artık tekaddüm hassasının aranmasına mahal yoktur. Böyle bir beyi batıl addedilemez. Zira illetin günün birinde vücut bulacağı şüphesiz, ve muhakkak bulunmaktadır. Nitekim ölümü intaç edeceği muhakkak bulunan bir hastalıkla malûl ve varisi sıfatiyle tek bir oğlu bulunan bir kimsenin bu hastalığı esnasında çocuğunun yapmış olduğu gayri menkul satışı, Hanefîlerin iddiası hilâfına batıl değil, sahihdir.

Şer'î illet yedi ayrı kısma ayrılmaktadır. Bu kısımları yegân yegân biraz ilerde tetkik edeceğiz. Ancak bu mesaiye girişmeden evvel akidlerde illetin esası ne olduğu hakkındaki malûmatı vermeyi faideli görmekteyiz. İllet üç unsuru muhtevî bulunmaktadır. 1 — Bizatihi illet. 2 — Bu illet dolayısiyle vücude gelen fiil. 3 — İlletin tesiri ile malûl kıldığı fiil arasındaki mevcut münasebetler.

* * *

Bizatihi illet, akdin bizatihi kendisidir. Binaenaleyh bu hususta verilen izahat akdin kendisine aittir. Akidle illet arasındaki münasebetler dolayısiyle vücude gelen tesiratın, tabiri diğerle insanın işlemeye karar vermiş olduğu fiilde illetin ne suretle müessir bulunduğu hususunun tetkik edilmesi lâzım gelmektedir. İllet, icra kılınan fiile üç suret tahtında müessir bulunmaktadır :

Birinci suret: Arapların izafet dedikleri şekil ile, yani illetin izafet manasını muhtevî bulunarak fiile tesir etmesi halidir ki, buna ismen illet denilmektedir. İzafet, baba ile oğul arasındaki münasebet gibidir. Arapların babalarının veya oğullariyle kızlarının isimlerini taşıdıklarını daha ilerde görmüş idik. İbni Haldun, Haldun'un oğlu, Ebû Hanîfe,

Hanîfenin babası gibi. İşte fiil ile illet arasındaki münasebet bu suretle izafet dolayısiyle teessüs ettiği takdirde, buna ismen illet yani isim münasebeti dolayısiyle illet tesmiye olunmaktadır. Burada illet, illetlendirdiği malûlü ile karşı karşıya bulunmakta ve malûlünü isimlendirmektedir. Misal: (Elbey'ü maliki'l-beyti) eve malik ve sahib olan kimsenin bu evi ahara satması gibi. İmdi bir nesnenin aher bir kimseye satılması hususunun (sahih) telâkki edilebilmesi, satan kimsenin bey'e tekaddüm eden bir zamanda hukukan o nesnenin maliki bulunması, ve alan kimsenin de beyi akdini müteakip o şeye malik olması ile kabildir. İşte bu (malik olmak) illeti, satılan şeye (helâl) ismini izafe eylemektedir. Bunun için de (malik olma) illeti bu illet dolayısiyle vaki satışın ismen illeti olup, satış fiilini ismen malûl kılmaktadır.

Yalnız şurasını hemen ilâve etmemiz lâzımdır ki, her izafet hali behemehal ismen illet vaziyetini ihdas etmek için kâfi değildir. Hukukan böyle bir halin mevcut olması için yalnız izafet şekli kâfi olmayıp, aynı zamanda malûlün illete aklen izafe edilebilmesi de lâzımdır. Aksi hal, huzuru mahkemede kabule şayan bir illet olarak kabul edilemez.

* * *

İkinci suret : İlletin, icra olunacak fiile tesiri ile, o fiilin icrasından sonra fiilde husule gelen teessür arasındaki münasebet, tabiri diğerle hükümde müessir bulunan illete manen illet itlak olunmaktadır. Burada illet, manası itibariyle fiile tesir etmekte, fiil ise bu mana dolayısiyle illetin tesirini duymaktadır. O suretle ki fiilin duymuş olduğu teessür, münhasıran ve münhasıran illetin eseri bulunmaktadır. Manen illetin müteessir ettiği fiile manen malûl denilmektedir.

Üçüncü suret : Maiyyet (subordination), münasebetleri dolayısiyle vukua gelmektedir. Maiyyet kelimesi tabiiyyet ve bir kaç fiilin aynı zamanda yapılmasını ifade etmektedir. Misal: Bir kimsenin diğer bir kimsenin maiyetinde bir yere gitmesi demek, her ikisinin de aynı zamanda gitmek fiilini ika etmeleri, ve o mahalle gitmeleri demektir. Maiyyette giden kimsenin hareketi, maiyyetinde gittiği kimsenin hareketine bağlıdır. Eğer o kimse mevzuu bahis mahalle gitmemiş olsa idi, maiyyetteki kimse oraya gitmemiş bulunacaktı; binaenaleyh malûl olan fiil, illetin maiyyetinde, yani illet mevcut olmadan o fiilin husulüne imkân bulunmayan bir fiil olduğu için, illet ile malûlü arasında maiyyet münase-

betleri mevcut demektir. Şu izahata göre, illetin vücudu mütekaddim; malûlü bulunan fiil, muahhardır. Fiilin husule gelmesi hususunda illetin harekete geçmesi ve tesirinin meydana gelmesi, o kadar anî olmaktadır ki, adetâ bir birine muttasıl imiş hissini vermektedir. Mülkiyet, beyi akdinin husule gelebilmesini intaç eden bir illeti şer'iyedir. Ancak; mülkiyete sahib bulunan kimsenin bu illeti tahrik etmesine, yani onu faaliyete geçirmek suretiyle beyi akdine tevessül eylemesine kadar illet gayri faal, atıl bir halde bulunmaktadır. Atıl bir halde bulunan illetin faal bir hale getirilmesi suretiyledir ki beyi akdinin netayici hukukiyesi vücude gelmekte ve bu vücude geliş keyfiyeti, illetin harekete geçmesiyle anî olarak husul bulmaktadır. Misal: Satıcının (satıyorum) tarzındaki icabı kullanmasiyle beraber (mülkiyet) illeti, derhal husul bulmakta, ânî olarak vücude gelmektedir. Müşterinin kabulde bulunmaması veya akdin husulüne mani sair maniler, icabın husul bulmasına, mani teşkil etmektedirler. Satıcının, (satıyorum) demesiyle icap husule gelmiştir. İşte icabın (satıyorum) kelimesiyle vücude gelmesi keyfiyeti, mülkiyet illetinin harekete geçmiş olmasının bir neticesidir. Mülkiyet illetinin harekete geçmesiyle terahî ve teehhür etmeden husule gelen icaba nazaran, bu illete de hükmen illet denir. Hükmen illet denilmesi sebebi; fiil ile illet arasında zikrettiğimiz şekildeki münasebetin tesbit ve tesisinin beşer mesaii zihniyesi neticesi olarak, hükmedilmiş bulunması dolayısiyledir.

* * *

Ef'ali beşeriyenin muhtevî bulunduğu illetler, merkezi illeti teşkil eden anasır bakımından üç nev'e ayrılmaktadır. Birinci nevi: yukarda izah etmiş olduğumuz üç sureti muhtevî bulunan illetlerdir ki, bu nev'e dahil bulunan illetlerin ismen, manen ve hükmen illet bulunduklarını görmüş bulunmaktayız. İkinci nev'e dahil bulunan illetler de merkezi illeti; isim ve mana itibariyle olan illetler teşkil etmektedirler. Bu nev'e dahil bulunan illetler, dört kısma ayrılmaktadırlar:

Birinci kısım : İsim ve mana itibariyle bu kısma dahil bulunan illetlerde illet, illetlendirdikleri fiilin muahharı bulunmaktadır. İllet, fiilden muahhar olmakla beraber, illetin zuhuru bir faraziyeyi kanuniye olarak fiil ile beraber imiş gibi ad ve itibar olunmaktadır. Misal: Beyi mevkufda olduğu gibi. (la vente immobilisée) Beyi akdinin husul bula-

bilmesi için satıcı tarafından vaki olacak bir icabın zarurî bulunduğu malûmdur. İmdi; bir malın sahibi bulunmayan veya sahibinin vekâletini haiz olmayan bir kimse, o mal için bir icapta bulunmuş olsa, İslâm Hukukuna göre, mevkuf beyi muamelesi yapmış olur. Bu muamelenin malın hakiki sahibinin icazetine, yani iznine iktiran edinciye kadar hiç bir kıymeti kanuniyesi mevcut değildir. Ancak; malın maliki hakikîsi olan kimse, isbatı vücut ederek icapta bulunduğu, yani illeti harekete geçirdiği takdirdedir ki, mevkuf bulunan beyi akdi gayri mevkuf olarak sıhhat kesbeder. Yalnız, maliki hakikînin icazetinden evvel vaki olmuş olan akid batıl addedilmeyip, icazetle sıhhat iktisap etmiş olur. İşte burada illet, fiilin husulünden sonra vücut bulmuş olmasına rağmen, bir faraziyeyi hukukiye olarak, fiil ile beraber vücut bulmuş addedilmektedir. Zira icazeti müteakip sıhhat iktisap eden beyi akdinin bütün netayici hukukiyesi, mevkuf olarak vaki akde irca edilmekte, mevkuf olan akdin cereyan ettiği andan itibaren başlamaktadır. Binaenaleyh illet de mevkuf olan akdin icrasiyle beraber husul bulmuş addedilmektedir. Vermiş olduğumuz bu misalde görülen illet ismen illettir. Zira, beyi fiilini malûl hale koyan illet, malikiyet sıfatıdır. Mana itibariyle illetde de aynen böyledir. Zira malikiyet manası itibariyle alınacak olan illet de o mana ile beyi akdine tesir etmekte ve beyi fiilini manası itibariyle malûl kılmaktadır. İmdi; burada beyi, mülkiyet illetinin bir eseri bulunmaktadır. Ancak illet; tezahürünü akdin husulünden sonra göstermekte, birinci nevide izah etmiş olduğumuz gibi, fiili kendisine tabî kılarak mukaddem olmak hassasını kaybetmiş bulunmaktadır.

İkinci kısım : Bu kısma dahil illetlerde, illet; sebebin yerini tutmakta, sebeb makamında illet vasfını göstermektedir. Bu da bir illettir. Ancak mevcudiyetiyle fiilin husulüne sebebiyet vermek hususu; fiilin husule gelmesi esnasında fiilen mevcut ve mütehakkak olmayıp, bir faraziyeyi hukukiye olarak ad ve itibar edilmiştir. İllet mevcut addolunmakta, mevcudiyeti fiilin vukuu zamanında bir faraziye olarak kabul edilmektedir. Eğer bu illet, fiilin vukuu anında mevcut farz kılınmamış olsa idi; fiilin vukuunu kabule imkân kalmazdı. Başka bir tabirle ifâde edilmek istenilirse, illet, fiilin vukuu zamanında mer'î olmayıp bir faraziye olarak mevcudiyeti kabul edilmektedir. Fiilin vuku bulduğunu kabul edebilmek için bir faraziye olarak, illetin mevcudiyetini kabul etmek neticei mantıkiyye iktizasındandır. Aksi takdirde, fiilin husulünü

izaha imkân mevcut değildir. Misal: Beyi akdinde hıyar haklarından istifade etmek isteyen kimsenin vaziyeti gibi. Hıyar hakkı, yani bir hakkın istirdadı hususu ihtiyarîdir. Müşteri bu hakkı istimal edip etmemekte serbest bulunmaktadır. Bu misali iyi bir surette anlamak için, evvelce vermiş olduğumuz bazı izahları hatırlamak lâzımdır. Malûmdur ki, İslâm Hukukunda beyi akdinde, akdi fesh etmek üzere, bazı hıyar hakları mevcut bulunmaktadır. Bu haklar mücibince kanun bazı hallerde taraflara akdi fesh etmeye selâhiyattar kılmaktadır. "Üç günden fazla hıyar hakkı olamaz" mealindeki hadîse müsteniden, taraflar, üç gün zarfında hıyar haklarını istimal etmek mecburiyetindedirler. Bu hükme göre hıyar hakkından istifade etmek isteyen kimsenin fiilinde, fiilin vücudüne sâik olan illet keyfiyeti, ancak üç günlük hıyar hakkı müddetinin cereyanından sonra tahakkuk etmektedir. Müşteri ancak, bu müddetin sonundadır ki, (malik olma) illetine sahib olabilmektetir. Bu müddet zarfında mahkemeye o malın maliki sıfatiyle müracaat edemez. Bununla beraber, müşteriye bu hak, yani (malik olma) illeti bu müddet zarfında bir faraziyei şer'iye olarak kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu tanınma keyfiyeti satıcıdan müşteriye intikal suretiyle vukua gelmektedir. Yani müşteri üç günlük hıyar müddeti zarfında satıcıdan intikal etmiş, ve mefruz bulunan (malik olma) illeti dolayısiyle, daha henüz satış muamelesi kat'iyet kesbetmeyen malda istimali hakka selâhiyetli kılınmıştır. Bir faraziyei şer'iye olarak akdin inikadını müteakip müşteride (malik olma) illeti mevcut addedilmekte, ve bu andan itibaren müşterinin hakikî malik gibi hıyar hakkı müddetini beklemeden, hareketi kabul olunmaktadır. Burada üç günlük hıyar müddetinden sonra tahakkuk edecek illetin mevcudiyetini peşinen kabul etmek, müşterinin hıyar hakkını istimal edebilmesine mesağ verebilmek içindir. Zira müşteri, o mala (malik) olmuş ad ve farz edilmediği takdirde, maliki bulunmadığı bir şey üzerinde hıyar hakkı istimal etmesine imkân hasıl olmaz. Görülüyor ki bir faraziye olarak illetin mevcudiyetinin kabulündeki hakikî sebeb, (mülkiyeti) tesis edebilmektir. Ancak burada illet, sebeb yerine kaim olmuş bulunmaktadır. Onun için de bu kısma dahil illetlere (sebeb makamında illet) denilmektedir.

Üçüncü kısım: Bu kısma dahil bulunan illet; fiili malûl bir hale koymaz; ancak fiildeki illetin sebeb ve aslını teşkil eder. Bu nev'e dahil bulunan illet öye bir illettir ki, fiili malûl kılan birinci bir illetden sonra

husul bularak, fiili birinci illete irca eder. Fakat hakikatta birinci illetin vücude gelmiş olması keyfiyeti, bu ikinci illetin vücudu dolayısiyledir. Onun için bu nev'e dahil illete (illetin illeti) namı verilmektedir. Şu izahata göre vücude gelen fiil, iki illetin tesiri ile vücut bulmaktadır. Birinci illet de fiilden muahhar olmayıp, fiile tekaddüm etmekte ve ittisal peyda eylemektedir. Birincisinin illeti bulunan ikinci illet, hakikatte fiilden sonra vukua gelen muahhar bir illettir. Ancak bu ikinci illetin tesiri altındadır ki, birinci illet fiili vücude getirebilmiştir. Misal : İslâm Hukukuna göre, miras hakkını haiz olanlar, mürislerinin ölümü intaç edecek bir hastalığa yakalanması halinde, bu kimseyi hacir altına aldırabilirler. Bu kimsenin kanunen hacir edilebilmesini istilzam eden (illet) ölümü intaç edecek olan hastalığın mahiyetidir. Filhakika mütehassıslar, murisin musab bulunduğu hastalığın ölümü intaç eder mahiyette bulunduğuna karar verir vermez; miras hakkını haiz bulunan kimseler, bu kimseyi hacir ettirebilmek hakkı kanunîsini iktisap ederler. Binaenaleyh, bu hacir keyfiyetinin istikbale muzaf olan illeti hastalıktır. İşte bu illet yukarda izah etmiş olduğumuz birinci illeti teşkil eder. Ancak, hacri mucip olan asıl illet, mezkûr hastalığın ölümü intaç eder cinsinden olmasına göre, bizzat ölümün kendisidir. İşte (ölüm) keyfiyeti de bu hacir hususunun ikinci illetidir. Hacre tekaddüm etmiş olması dolayısiyle birinci illet, hastalıktır. Bu birinci illet, miras hakkını iktisap etmiş bulunanların, hacir talebinde bulunabilmelerini sağladığı için hacir, fiile muttasıl olup, mevcudiyetiyle hacir fiilini hemen takip etmiş bulunmaktadır. Hekimlerin hastalığın mevti istilzam eder mahiyette olduğuna karar vermiş olmalarını müteakip, o anda hastanın hacir altına aldırılabilmesi illeti tehassül etmiştir. Hacir fiili ise tehassül etmiş bulunan bu illeti hemen takip eder. İkinci illete gelince : Birinci illet, bu ikinci illet üzerine müesses bulunmaktadır. Ancak bu ikinci illet birincinin istinatgâhını teşkil etmekle beraber, fiile yani hacir keyfiyetine, muahhar bulunmaktadır.Birinci illet ancak ikinci illet vasıtasiyledir ki bir hükmü şer'î iktisap etmektedir. Filhakika ölümü intaç eden bir hastalık, hacir için bir sebebtir. Bu sebebin neticesi ise bizzat ölümün kendisidir. Zira hasta, hekimlerin zan ve tahminleri hilâfına olarak, velevki muvakkaten dahi olsa sıhhate avdet ederse, hacir kıymeti hukukiyesini kaybederek ortadan kalkmış olur.

İslâm Fukahası, şu verdiğimiz izahata istinat etmek suretiyle, ille-

tin illeti suretiyle vukua gelen ef'ali beşeriyenin bir kıymeti hukukiye arzedebilmelerini şu iki şarta vabeste kılmaktadırlar.

1 — Birinci illetin, husule getirdiği fiile tekaddüm etmek suretiyle ona muttasıl bulunması, ve gerek bu illet de, gerekse vücude getirmiş bulunduğu fiilde, bir zaman fasılası mevcut olmasıdır. Ölümü intaç eden hastalık nümayan olur olmaz, hacrin icra edilmesi hastalıkla hacir arasın da bir fasıla bulunmaması lâzımdır. Zira, illetin fiile muttasıl bulunması dolayısiyle, o anda hacir yapılmadığı takdirde hastanın vaziyeti sıhhate dönmese dahi, ölümü intaç etmeyen bir hastalığa tebeddülü ihtimali mevcuttur ki, bu takdirde illetin hacir fiilini malûl kılmasına imkân yoktur.

2 — İkinci illetin hiç bir zaman fasılası mevcut olmadan, vaktinde husul bulması lâzımdır. Yani ölümü intaç eden hastalığın bu mahiyetini muhafaza etmesi, hacir fiili ile ölüm arasında velevki hastanın kısa bir müddet için olsa bile, sıhhate avdeti gibi hiç bir fasılanın mevcut bulunmaması gerekmektedir.

Dördüncü kısım : Bu kısma dahil bulunan illet, sebebe müşabih bulunmaktadır. Bu, öyle bir illettir ki, malûl kıldığı fiilin husulünde fiilî olarak mevcut bulunmakla beraber; illet vasfını muhafaza edebilmesi için, malûl kıldığı fiilin temadisi müddetince her an mütemadî ve müteselsil bir surette kesbi vücut ederek fiilin temadisi müddeti bitinceye kadar devam etmesi, ve fiilin nihayet bulduğu zamanda kemalinin zirvesine erişmiş bulunması lâzımdır. Bu kısma dahil bulunan illet, kıymeti hukukiyesini ancak, bu kemal zirvesine eriştiği zaman iktisap etmiş olur. Misal: Menkul veya gayri menkul bir şeyin, bir hakkın, veya bir menfaatın mülkiyeti, öyle hukukî neticeler tevlit edebilir ki, bu netayiç derece derece yükselmek suretiyle, son kemal haddini, ancak bir müddetin cereyanından sonra iktisap edebilir. Bir gayri menkulün kiraya verilmesi gibi ki, kiracı kiraladığı gayrı menkulün kirasını vermekte. mal sahibi gayri menkul üzerindeki mülkiyeti sebebiyle bu kirayı almaktadır. Kiracı gayri menkulden kira akdiyle intifa etmek hakkına sahib ve malik olması dolayısiyle, intifa eylemektedir. Kiracı bu intifa hakkından. kira akdinin hitamına kadar istifade edecektir. Kira akdinin illeti, mal sahibinin o gayri menkule malik olması keyfiyeti; netayici hukukiyesi ise, kiracının gerek gayri menkulde oturmak veya sair suretlerle bu gayri

menkulden intifa etmesidir. İmdi; bu netayici hukukiye ancak; gün, hafta, ay veya sene olmak üzere aralarında ne müddet tekarrür ettirmiş iseler, bu müddetin cereyanı neticesinde fiilî olarak tahakkuk etmiş bulunacak, tabiri diğerle bu netayici hukukiye; derece derece yükselmek suretiyle, kira müddetinin hitamında son kemal haddini almış olacaktır. İşte kira müddetinin hitamına kadar geçecek olan müddetler, mülkiyet ve intifa haklarının sebebe müşabih birer illetidir. Kiracı için kira müddeti içerisinde geçen her gün, gayri menkulün bir mülkiyet ve intifa sebebidir. Bu sebeb aynı zamanda kira müddeti zarfında yekdiğerini takip eden günlerde tekerrür ve teselsül eden bir illetden başka bir şey değildir.

Üçüncü nevi : Merkezi illeti münhasıran mana ve tebeiyyetin teşkil ettiği illetler bu nev'e dahildirler. Bu nevide ismen illetin hiç bir dahli mevcut bulunmamaktadır. Misal: İslâmiyette, bir müslim tesadüfen bir düşman ordusunda bulunmuş olsa da, harpte yakın akrabası tarafından veya ahar bir kimse tarafından esir edilmiş bulunsa; birinci halde doğrudan doğruya, ikinci halde yakın akrabanın satın alması suretiyle, o kimsenin kölesi olur. Halbuki İslâm Hukukuna göre, karabet ve mülkiyet yekdiğerine tebaiyyetleri dolayısiyle, köle bulunan yakın akrabanın azad edilmesi hususunun illeti bulunmaktadır. Zira islâmiyette karabet, kölelik vaziyetinin hudusuna mani teşkil etmektedir. Yani bir kimsenin yakın akrabası, sırf bu akrabalık dolayısiyle o kimsenin kölesi olamaz. Daha sarih bir surette söylemek iktiza ederse, İslâmiyette yekdiğerine miras hakkı olacak kadar yakın akraba, o kimsenin kölesi olmasına imkân mevcut değildir. Hattâ o kimseyi yukarda da arzettiğimiz gibi, satın almış olsa dahi, üzerinde bir mülkiyet hakkı tesis edemez. İmdi; (karabet) azad kılma (îtak) fiilinin mana itibariyle bir illetidir. Zira karabet ile azad kılma fiili arasında tesir ve teessür bakımından bir münasebet mevcut bulunmaktadır. Bu münasebet şari'in (karabet) kelimesine (azad kılma) bakımından atıf buyurmuş olduğu mana itibariyle tevellüt etmektedir. Zira şari' akrabalar arasında hiç bir suretle köleleğin mevcut olamayacağını buyurmuş bulunmaktadır. Karabet aynı zamanda azad kılma fiilinin tebaiyyet itibariyle de bir illetidir. Zira karabet öyle bir illettir ki, azad kılma fiiline muttasıl olup, bu fiil, yani azad kılma keyfiyeti karabet illeti dolayısiyle derhal husule gelmektedir. Karabetin mevcudiyeti ile azad kılma (îtak) kılma

fiilleri arasında hiç bir fasıla mevcut değildir. Karabet illetinin mevcudiyeti derhal azad kılma (îtak) fiilini vücude getirmiş olacak olduğundan, yekdiğerine bu suretle muttasıl bulunmaktadırlar. Karabet, azad kılma fiilinin ismen bir illeti değildir. Zira karabet kelimesi ile azad kılma (îtak) kelimeleri arasında yekdiğerine matuf bir izafet şekli mevcut bulunmamaktadır. Esasen mantıkın da böyle bir izafetin mevcudiyetine, yani karabetin ismen illet vasfını almasına imkân mevcut değildir. Zira karabet, azad kılma (îtak) fiilinin illeti olup, (kölelik) mefhumunu izale etmemektedir. Köleliğin husul bulmasına mani olmaktadır. İmdi; kölelik vasfı mevcut bulunmayan bir kimsenin karabet illetine istinat etmek suretiyle azad kılınması, esasen imkân dahilinde değildir. Azad edilebilmek için, o kimsenin evvel emirde köle olması lâzımdır. Binaenaleyh illetin malûl kıldığı fiilin tesmiyesine, akrabanın azad olunması diye bir izafet şeklinde isimlendirilmesine bu itibarla imkân yoktur. Diğer misal: Borç, gerek mana ve gerekse tebaiyyet dolayısiyle rehinin illetidir. Mana itibariyle illetidir: Zira borç ile rehin arasında tesir ve teessür bakımından bir münasebet mevcut olmakta olup, bu münasebet rehnin borç neticesi vücude gelmiş olması dolayısiyle, iki kelime arasındaki mana dolayısiyle müesses bulunmaktadır. Kezalik, tebaiyyet dolayısiyle de illetidir: Zira; rehin fiili, borcun husulüne muttasıl bulunmamakta; borç ortadan kalkar kalkmaz rehin olunan nesne, derhal serbest kalmaktadır. Borç ile rehinin arasında izafet suretiyle bir bağ mevcut bulunmadığı için bu illet ismen illet vasfını haiz değildir. Gerek borç akdi, gerekse rehin akdi bir birinden ayrı iki akid olup, izafet suretiyle yekdiğerini isimlendirmemektedir. İslâm Hukukunun şu verdiğimiz izahatına bina'endir ki adî rehinde, rehnolunan şey, rahin tarafından satılamamaktadır. İslâm Fukahası rehnin satılabilmesini temin en çok ince bir buluş ile, bey'i bilvefa usulünü tesis etmiş, ve bu usulü vekâleti devriye ile imtizaç ettirmişlerdir. Bu şekle göre, rehnin satılabilmesi hususu kesbi meşruiyet etmiştir. Bey'i bilvefa ile vekâleti devriye yekdiğerinden ayrılmalarına imkân olmayan, bir bütün teşkil etmekte ve teşekkül etmiş olan bu bütünün illetini, artık mana ve tebaiyyet dolayısiyle illet teşkil etmeyip, ismen illet teşkil etmektedir.

* * *

Dördüncü nevi: Bu nev'e dahil illetler, ismen ve tebaiyyet suretiyle illetler olup, mana itibariyle illetlerin bu nevide dahli mevcut değildir.

Misal: Şeriatın tarifi dairesinde yolculuk ile hastalık, ibadetin icrası için yukarıki bahislerde izah etmiş bulunduğumuz ruhsatı istilzam ettikleri takdirde, her ikisi de bu (ruhsat) fiilinin illetini teşkil ederler. Gerek yolculuk ve gerkse hastalık, ruhsatın ismen illetidirler. Zira yolculukla hastalığın, ruhsatla izafet tarikiyle, hatta bu izafetin sarf ve nahiv kaidelerine göre bir izafet bulunması dolayısiyle, münasebetleri mevcuttur. Aynı zamanda tebaiyyet suretiyle de illettir. Çünkü gerek yolculuk ve gerekse hastalık, ruhsatla muttasıl bulunmaktadırlar. Bu illetlerden her hangi birisinin zevali ile ruhsat da ortadan kalkmış olur. Hastalıkla yolculuk, ruhsatın mana itibariyle illeti değildir. Böyle olmasının sebebi, gerek hastalığın ve gerekse yolculuğun bu ruhsatla aralarında tesir ve teessür bakımından bir münasebet mevcut bulunmamasıdır. İbadetin tam ve mükemmel bir şekilde ifa edilmemesi hususu; hastalara ve yolculara emredilmiş olmayıp, hasta bulunan veya yolculuk halinde bulunan kimseler bu hususları ifada serbest bırakılmışlardır. Diğer misal: İzdivaç tarikiyle bir kadın üzerinde icra edilen harekâtı şehvetperestane (devaül-vaty) sıhrî akrabalığı vücude getiren bir illettir. Bilfarz; Zeydin, Zeynep namındaki kadın üzerinde vaki olacak bu kabil harekâtı, Zeynebi, Zeydin oğlu bulunan Amre haram kılar. Yani Amr artık Zeyneble, babasının bu kadına vaki ef'ali illetiyle evlenemez. Evlenmesi haram olur. İşte burada Zeynebin Amr ile izdivacını haram kılan illet, Amrın babası Zeydin, Zeynep üzerinde izdivaç dolayısiyle vaki harekâtı şehvetperestanede bulunması (devaül- vaty) keyfiyetidir. Bu, ismen bir illettir. Zira illeti teşkil eden harekâtı şehvetperestane (devaül-vaty) ile, sıhriyet dolayısiyle vukua gelecek bulunan izdivacın memnuiyeti keyfiyeti arasında izafet şeklile bir münasebet mevcut bulunmaktadır. (Devaül-vaty) denilen bu harekâtı şehvetperestane dolayısiyledir ki, kadın muharremat meyanına girmiş bulunmaktadır. Bu illet, ayni zamanda tebaiyyet dolayısiyle de bir illettir. Zira izdivaç dolayısiyle bir kadına harekâtı şehvetperestanede bulunan bir kimsenin oğluna, o kadının haram olması keyfiyetiyle, harekâtı şehvetperestane fiili yekdiğerine muttasıl bulunmaktadır. Ancak bu harekâtta mana itibariyle illet vasfı mevcut değildir. Zira bu hususa müteallik emri ilâhî; harekâtı şehvetperestanenin intaç edilmiş olmasını, yani münasebeti cinsiyenin ihmal edilmiş bulunmasını âmirdir. Binaenaleyh cinsî münasebetin husule gelmiş bulunmasını âmir bulunan emri

ilâhî illetiyle, kıyas tarikiyle bu emre müşabih addedilmiş bulunan harekâtı şehvetperestane arasında tesir ve teessür bakımından bir münasebet mevcut bulunmamaktadır.

Beşinci nevi : Bu nev'e dahil bulunan illetler münhasıran ismen illetlerdir.

Manâ itibariyle ve tebaiyyet suretiyle illetlerin bu nevide dahilleri yoktur. Fiil ile illet arasında ancak ismen bir münasebet mevcuttur. Misal: Karısına (falanın evine gidersen benden boşsun) diyen koca gibi. Burada kocanın, karısına (boşsun) sözünü söylemesi, (boşsun) sözü dolayısiyle ismen bir illettir. Gerçi cümlede(falanın evine gidersen) kaydiyle bir şarta ademi riayet dolayısiyle boş olmak keyfiyetinin vukua geleceği anlaşılmakta, yani cümleden (falanın evine girersen) sözünün boş olmak keyfiyetinin illeti olacağı gibi bir mana istidlâl edilmektedir. Ancak dikkat edilecek olursa görülür ki, boş olma keyfiyetini vücude getiren illet, falanın evine girmek keyfiyeti olmayıp, karısını boşamak hakkı bulunan kimsenin (boş ol) sözünü sarfetmiş olmasıdır. Nitekim, (falan kimsenin evine gider isen benden boşsun) sözünü söyleyen koca, bu sözü sarf ettikten sonra vefat etmiş olsa, kadın hiç bir surette muatep olmaksızın men edilen o eve gidebilir. Kadının men edilmiş olan o eve gitmiş olması keyfiyeti, kendisini vefat etmiş bulunan kocasının mirasından mahrum bırakmaz. Zira kadının o eve gitmesi memnuiyeti, boş olmak fiilinin illeti olmayıp; boş olmak illetinin matufu bir hal bulunmaktadır. Daha başka bir tabirle talâk illetinin vücudüne, eve girme hâdisesi sebebiyet verecektir. İşte illetin bu sebeb dolayısiyle vücude gelmesi dolayısiyledir ki, bu illete ismen illet itlak olunur. Kadın men edilen eve girdiği takdirde ismen, mutallâka ünvanını iktisap edecektir.

Altıncı nevi: Yalnız manâ itibariyle olan illetler bu nev'e dahil bulunmaktadırlar. Bir fiili terkip eden anasırı mürekkebeden, bu unsurların gerek müttehit, ve gerekse münferit olarak bazılarının nazara alınmamasiyle husule gelen illetler bu nev'e dahildirler. Misal: Faiz (riba) fiilini meydana getiren üç unsur mevcut bulunmaktadır. 1 — Vasıf ki, mübadele olunan nesnenin yekdiğerinin ayni bulunmasıdır. 2 — Mübadele olunan nesnenin miktarı. 3 — Ödünç olarak veren kimsenin alırken almış bulunduğu fazla. Faiz fiilinin husule gelmesi için ödünç

verilen nesnenin vasıf ve miktarda müttehit bulunmaları, ve bilâhare geri verilirken fazla olması keyfiyeti bu fiilin ilk şartlarını teşkil etmektedir. Halbuki vasıf ve miktar unsurları, gerek münferiden ve gerekse müçtemian nazara alınmış olsunlar, her ikisi de ödünç verme akdini vücude getiren birer meşru unsur olup; bu akdin illetini teşkil etmektedirler ki, bu illet manâ itibariyle bir illettir. Ödünç verilen nesne vasıf ve miktar itibariyle müttehit bulunduğu takdirde ortada faiz diye bir fiil mevcut değildir. Ancak iade edilirken mikdarda fazlalık mevcut bulunduğu takdirdedir ki faiz (riba) fiili vücude gelir. Binaenaleyh vasıf ve mikdar unsurları ancak faiz fiiline nisbet olundukları takdirdedir ki, her ikisi de ayrı ayrı manâ itibariyle birer illet teşkil etmektedirler. Zira gerek vasıf ve gerekse mikdar; ödünç veren kimsenin fazla miktarda geri alması dolayısiyle vücude gelen faiz fiilinde müessir bulunmaktadırlar. Bu illet yalnız manâ itibariyle bir illet olup, ismen ve ya tebaiyyet suretiyle bir illet değildir. Çünkü faiz fiilini vücude getiren unsurlardan yalnız birisi, fazla olarak iade keyfiyeti memnu olan faiz, ribayı vücude getirmektedir. Gayri meşruiyet, ancak bu fazlada mevcuttur. Bundan başka, ödünç olarak alınan şey, fazlasiyle iade keyfiyeti meşru bir akid bulunan (ödünç verme) akdini hemen takip etmemekte, ondan ayrı bulunmaktadır.

Yedinci nevi : Bu nev'e yalnız tebaiyyet dolayısiyle olan illetler dahil bulunmaktadır. Bu nev'e dahil bulunan illet, öyle bir illettir ki malûl kıldığı fiile muttasıl bulunmaktadır. İletin vücut bulmasiyle fiil, derhal husule gelmektedir. Misal: Bir tacirin yanındaki işçilerden birisine (ipek işinden bin dirhem kazanırsam, sana on dirhem vereceğim) demesi gibi. Tacir bu sözü ile bin dirhem kazanır kazanmaz, derhal on dirhemi vermekle mükelleftir. Zira buradaki beyan, tebaiyyet suretiyle bir illet teşkil etmektedir. Tacirin beyanında ismen veya mana itibariyle illete dair bir işaret yoktur. Vereceği on dirhem tacirin kazanacağı bin dirheme tabi bulunmaktadır. Tacir bin dirhemi kazanmamış olduğu takdirde, vaki beyanatının hiç bir kıymeti kalmamış olacaktır. Görülüyor ki bu beyanda illet ile fiil arasında bir ittisal mevcudiyeti bulunmakta, öyle bir ittisal ki, fiilin husulü o fiilin vücudüne tabi bulunmakta, ancak o illet husul bulduğu takdirde tâbii bulunan fiil, meydana gelmektedir. Bin dirhem kazanç vücude gelmedikten sonra on dirhemi vermek fiili husul bulmayacaktır. Binaenaleyh on dirhemi vermek fiili, bin

dirhemin kazanılmış olması illetine tabi bulunmaktadır. Bu illetin tahassülü iledir ki, fiil illete muttasıl olarak vücut bulacaktır. İşte bunun için, bu nev'e dahil illete tebaiyyet suretiyle illet itlak olunmaktadır.

* * *

Sebeb (De la cause):

Sebeb, mecburî veya ihtiyarî bilumum tekâlifi ilâhiyeye mahsus bir hükümdür. İllet gibi fiili vücude getirmez. Ancak fiili lâzım gelen neticeye iktiran ettirmek tesirini gösterir. Başka bir tarif ile sebeb, bilâ tesir hükme isal edici bir yoldur. Hükme doğrudan doğruya müessir olana illet denilmekte, doğrudan doğruya tesir etmeyip te hükme isa eyleyen yola da sebeb itlak olunmaktadır. Misal: Bir kimse bir kuyu kazmış olsa da, diğer bir kimse o kuyuya bir hayvanı atarak öldürmüş olsa, burada hayvanın ölümüne doğrudan doğruya müessir bulunan hâdise, ikinci şahsın hayvanı kuyuya atması keyfiyetidir. Kuyuyu kazan kimsenin hareketi, hayvanın ölümüne müessir bulunmıyan ve ancak hayvanın ölümü hükmüne isal eden bir sebebdir. Kezalik bir hırsıza soyacağı eve nereden girilebileceğini göstermek fiili, hırsızlık fiilinin illeti olmayıp sebebidir.

Sebeb dört türlüdür.

1 — Hakikaten sebeb (La cause vraie). Bu nevi sebeblerde fiil ile sebeb arasında bir ittisal mevcut bulunmamakta, hatta fiil; sebebin zarurî bir neticesi olarak meydana gelmektedir. Sebebin fiil üzerinde hiç bir tesiri olmayıp, fiil vücut bulmak için bu sebebin mevcudiyetine muhtaç değildir. Ancak sebebin fiil üzerinde hiç bir tesiri bulunmamakla beraber, bu fiilin netice husule getirebilmesi için fiil üzerinde bir vasıta rolü oynamaktadır. Misal: hırsıza, hırsızlığı ika için yol gösteren kimsenin hırsızlık fiilinde hiç bir tesiri mevcut değildir. Ancak bu yol gösterme keyfiyetiyle hırsızı, hırsızlık fiilinin neticesini istihsal için bir vasıta kullanmış olmaktadır. Görülüyor ki, bu nev'e dahil sebeb ile fiil arasında hiç bir ittisal mevcut bulunmamakta, husule gelmiş olan fiilin netayici hukukiyesi hiç bir suretle sebebe atfolunamamaktadır. Misal: Hırsıza hırsızlık fiilinin ikaı için eve nereden girileceğini gösteren kimse, çalınan malın bedelini mal sahibine zamin olmamaktadır. İşte mütesebbib ile mübaşir (yani fiilin faili) içtima ettikte hüküm mübaşire, yani faile iza-

fe olunur. Kaidesinin esası budur. Kezalik, bir küçüğün eline tabanca veren kimse, bu küçük eline verilen bu tabanca ile bir katil fiili ika ettiği takdirde, maktulün diyetiyle zamin bulunmamaktadır. (Diyet, maktulün veresesinin, kısasdan vaz geçmesi şartiyle, katilin bu vereseye vermiş olduğu bedele itlak olunur.)

Yalnız şurasını da unutmamak lâzımdır ki, gerek hırsıza yol gösteren ve gerekse katil fiilini ika eyleyen küçüğe tabancayı tevdi eden kimse, İslâm Hukukuna göre, büsbütün cezadan kurtulmuş değildir. Yalnız vaki olan zararı tazmin etmez. Yani bu günkü hukuk tabiriyle, bu gibi kimseler hakkında hukuku şahsiye davası açılamaz. Fakat her ikisi de ika etmiş bulundukları fiilî cürmî mukabili, kanunun gösterdiği cezaya çarpılırlar. Hırsıza yol gösteren kimse aynen hırsızın göreceği ceza ile muatep olur. Eğer yolu göstermek için hiç bir menfaat elde etmemiş ise, cezası asıl hırsıza verilen cezadan biraz daha hafif olur. Küçüğün eline tabancayı veren kimse ise, küçüklere istimal edemeyecekleri vasıtaları tevdi eden kimsenin muatep bulunduğu cezaya çarpılır.

2 — İllet hükmünde sebeb (La cause qui a force de raison). Malûl bulunan fiilde illet tesirini haiz olan sebebe, illet hükmünde sebeb itlak olunmaktadır. Misal: Sevk etmekte bulunduğu hayvanın komşunun malına zarar vermesi halinde, hayvanı sevk eden kimse bu zararı tazmin ile mükelleftir. Hayvanın zarar iras etmesi keyfiyeti, bizzat hayvanın eseri, binaenaleyh hayvanın bu hareketi zarar ve ziyan fiilinin sebebidir. Ancak hayvanın bu zarar ve ziyan fiilini vücude getirmesi, sahibi tarafından lâzım geldiği gibi murakabe ve nezaret altında bulundurulmaması neticesi olduğu için, bu sebeb illet hükmünde telâkki edilmekte ve bu telâkki neticesi olarak ta hayvanın iras ettiği zarar, hayvanı idare eden kimseye izafe olunmaktadır. Diğer misal: Bir kimse tavana asılı bulunan bir avizenin ipini çekmekle o avize yere düşerek kırılsa, yahut bir yağ tulumunu yarıp yağ dışarı akarak telef olsa, o kimse; avizenin ve yağın bedelini tazmin ile mükelleftir. Vakıa avizenin kırılmasında illet, arzdaki cazibe hassasıdır. O kimsenin ipi kesmesi ancak, o avizenin kırılmasını intaç eden bir sebebdir. Ancak; burada yukarda hayvan misalinde olduğu gibi, arzın cazibe kuvvetine hüküm izafe etmeye imkân mevcut değildir. Onun içindir ki burada ipi kesen kimsenin hareketine, illet hükmünde sebeb itlak olunmuştur. Diğer misal: İnhidama mail bir duvarı

olduğu halde bırakan duvar sahibi, bu duvar yıkılarak bir kimseyi öldürdüğü takdirde, ölen kimsenin diyetini tazmin ile mükelleftir.

3 — Mahiyetinde illet olma şüphesi bulunan sebeb: (La cause dans laquelle existe un simulacre de raison)

Bu nevide sebeb, muahhar olup bu terahî hukukî bir teehhürdür. Ancak sebebin muahhar da olsa mevcudiyeti dolayısiyle fiilin bu sebebe atfolunması, sebebin hukukan tesiri bulunduğunun kabul edilmesi lâzımdır. Bu nev'e dahil bulunan sebebin ister teammüden olsun veya olmasın,teaddisi mevcut bulunduğu takdirde, fiilden husule gelen netice bu sebebe atfolunur. Teaddi mevcut bulunmadığı takdirde ise netice, münhasıran faile (mübaşir) matuftur. Misal: Amr bahçesinde bir kuyu kazdırmak istemekte ve bu iş için Zeydi istihdam etmektedir. Zeyd bu işe görürken kuyuka düşer ve ölürse, Amr kuyuyu kazdırmak suretiyle Zeydin ölümüne sbebiyet vermiş olmasına rağmen, diyet ile muatep olmaz. Zira ölümü vücude getiren hakiki illet, zeydin vücudünün sikleti ve kesafeti gibi fizik kanunlarındadır. Ancak, zeyd kuyunun yanından geçerken Amri teammüdü olmaksızın dahi, itmiş olup ta kuyuya düşürse kanunen Zeydin diyetini vermesi lâzım gelir. Zira muahhar bulunan sebebin. teammüden olmasa dahi, bir teaddisi mevcut bulunmaktadır. Görülüyorki burada sebeb hakikatte illet olmadığı halde, mahiyetinde illet olma şüphesi mevcut bulunmaktadır.

4 — Mecazen sebeb (La cause par extension de son sens) Macazen sebeb, istikbalde vuku bulacak olan bir fiile isal eyleyen sebebdir. Talâk, köle azadı, (itlak) nezir gibi (ex-voto). Bir kölenin sahidi kölesine (beş sene müddetle bana sadakatla hizmet edersen, seni azad ederim) demiş olsa, bu beyan kölenin azad edilmesi keyfiyetinin mecaz suretiyle sebebini teşkil eder. Fakat hakikî sebeb kölenin bu müddet zarfında sadakatla) hizmet etmesi keyfiyetidir. Kezalik bir kimse karısına (gelecek sene panayıra gider isen benden boşsun) demiş olsa, mecazen bir sebeb vücude getirmiş olur. Ancak talâkın hakiki sebebi, kadının gelecek sene panayırı ziyaret etmesi keyfiyetidir. Diğer misal: Bir kimse (Suriye ile yapmakta bulunduğum ticarî muamele, sene sonunda bin dirhem kâr bırakacak olursa, yüz dirhemini sarf ederek camiye çeşme yaptıracağım) diye nezirde bulunmuş olsa, bu beyaniyle mecazen bir sebeb vücude getirmiş

olur. Bu nezirdeki hakikî sebeb ise, Suriye ile yapılacak ticarî muamelede bin dirhemin kazanılabilmesi keyfiyetidir.

* * *

Bu tadat ettiğimiz sebebler haricinde islâm uleması bazı sebeblerin daha mevcudiyetini kabul etmekte ve bunlara ahkâmı şer'iyenin zahirî sebebleri namına vermektedirler. Bu sebeblerin bu suretle vasıflandırılmış olması sebebi, bunların Kur'an ve hadîste metin halinde yazılı bulunmamasıdır. Bu sebebler içtihat suretiyle vücude getirilmiş ve mevcudiyetleri gözle görülebilecek şekilde olması dolayısiyle zahirî sebebler ıtlak olunmuştur. Filhakika bu sebebler zahiri olarak mevcudiyetlerini göstermektedirler. Ancak bu sebeblerin tesiriyle vücude gelen netayic yalnız bu sebeblerin zahiri olarak varlıklarında değil, esas itibariyle Cenabı Hakkın iradei ilâhiyesine de muvafıktır.

Zahirî sebebler on bir adeddir:

1 — Hudus (Production). Mevcudat mütemadî bir surette vücut bulmakta ve tegayyür etmektedir. Bu mütemadî vücut bulma, yani hudus keyfiyeti öyle bir halettir ki, insan Allahın birliğini ikrar etmekle beraber bu vakıayı da birlikte ikrar ve kabul etmektedir. Hudus öyle bir sebebtir ki emri ilâhî ile sebeb olduğu tahakkuk etmeyip; iradei ilâhiyenin bizatihi tecellisi itibariyle sebeb bulunmaktadır. Misal: Mümeyyiz olan bir küçük, vahdaniyeti ilâhiyeye inanmak mükellefiyetinde değildir. Fakat bu yaştaki bir küçüğün kalbinde Allahın bir olduğu yolunda doğan bir duygu, nazarı kanunda sahih ve muteberdir. Zira hudus sebebi, teklifi ilâhiyeye mukarin bulunmayıp, bizatihi iradei ilâhiyenin tecellisi cümlesindendir.

2 — Zaman. Zaman, ibadetin bir sebebidir. Beş vakit namazın farz olması gibi. Bu farzın sebebi sabah, öğle ve ikindi gibi zamanlardır. Arzın öğle, akşam gibi zaman mefhumu bulunmayan noktalarında yaşayan müslümanlar, bu zaman kaydından azadedirler. Zira esasen öğle zamanı mevcut bulunmayan bir yerde, öğle namazı kılmağa imkân mevcut değildir.

3 — Nisap. Nisap, ferdin, üzerinden zekât vermek mecburiyetinde bulunduğu mal miktarının asgarî haddidir. Binaenaleyh zekât vermek mükellefiyetinin sebebi nisabdır. Bu hususu tesbit eden hadîs, «Menkul malınızın kırkda birini zekât olarak veriniz» şeklinde olup, bir kimse-

nin ne kadar malı olursa zekât vereceğini tayin ve tesbit etmemektedir. Bu husus içtihat ile tayin ve tesbit olunmuştur.

4 — Gün. Ramazan günü, oruç tutmak mükellefiyetinin sebebidir. Ramazan ayında her müslim akşamdan oruca niyet ederek oruç tutmak mecburiyetindedir.

5 — Re's, (Baş). İnsanın şahsiyeti hükmiyesi verginin sebebidir. O suretle ki, her müslim, sahibi bulunduğu her baş kölenin fitresini vermek mecburiyetindedir.

6 — Kâbe. Haccın zahirî sebebidir. O suretle ki, Kâbe mevcut bulunmasa idi, müslümanlar için belkide hac mükellefiyeti mevcut bulunmayacaktı.

7 — Neşvünema. Öşür ve harac'ın zahirî bir sebidir.

8 — Kasıt ve niyet. Abdestin zahirî sebebidir. Zira böyle bir niyet izhar edilmeden alınan abdest ile namaz kılınamaz,

9 — Cürüm işleyen kimseye tatbik olunan hükümler. Bu hükümler, fiili cürmîyi ika eden kimseye tatbik edilen cezaların, zahirî sebeblerini teşkil etmektedir.

10 — Beka. Aklı beşerin idrak edebildiği her mevcudun varlığının sebebiyetini bu varlığın temadisi demek olan beka, teşkil etmektedir. İnsan cemiyetini teşkil eden mevcudiyette her muamele beka sebebi üzerine müstenit bulunmaktadır. Bilumum muamelâtı beşeriyenin sebebi bekadır. Misal: Beyi akdi. Sahibi bulunduğu bir şeyi ahar kimseye satan kimse, o nesnenin mülkiyetinin kendi üzerinde temadisi, yani bekası dolayısiyle satabilmekte, bu mülkünü satmak suretiyle başkasına intikal ettirebilmektedir.

11 — Meşru tasarruf. Kanunda mevcut bir çok hükümlerin zahirî sebebini meşru tasarruf teşkil etmektedir. Beyi akdinde satılacak şeye malik olunması gibi. O nesnenin satışının muteber olabilmesi için yalnız malik olma keyfiyeti kâfi değildir. O nesneye meşru bir surette tasarruf etmek de lâzımdır. Misâl: Bir kimsenin rehin etmiş bulunduğu gayri, menkulünü satması gibi ki, bu akdin muteber olabilmesi için, gayri menkulün rehinden kurtarıldıktan, meşru bir tasarruf altına alındıktan sonra satılması lâzımdır.

* * *

ŞART

(De la condition)

Ef'al ve muamelâtı beşeriyenin hükmü, kanuna uygun olarak muteber addedilebilmesi için, mevcudiyeti kanunen lüzumlu bulunan, kayıtlara şart ıtlak olunur. Misal: Beyi ve nikâh akidlerinin nazarı kanunda muteber olabilmeleri için, şahitler huzurunda icra edilmiş olmaları şarttır. Tabiri diğerle beyi ve nikâh akidlerinin şahitler huzurunda icrası hususu, bu akidlerin tekâmülü için kanunun emri iktizasındandır. İşte kanunun göstermiş olduğu bu iktiza, akdin muteber addedilebilmesi için, kanunun lüzum gösterdiği bir kaydı kanunîdir. Binaenaleyh bir şarttır.

Şart dört kısma münkasemdir.

1 — Hakikî şart (Şartı mahz). Kanunun her hangi bir hükmünün muteber addolunabilmesi, yine kanunun diğer bir hükmünün mevcudiyetine vabeste bulunan kaydı kanuniye hakikî şart denilir. Misal: Beyi akdi icap ile kabulün yekdiğerine telâhuku suretiyle vuku bulur. Ancak muteber olabilmesi için, bu telâhukun beyi meclisini teşkil eden kimseler huzurunda olması şarttır. Görülüyor ki burada akdin husul bulmasının esasını, icap ile kabul unsurlarının yekdiğerine telâhuku teşkil etmekte, ancak bu husul bulma keyfiyetinin muteber addedilebilmesi için, kanunun lüzum gösterdiği başka bir hükmünün mevcudiyeti, bu telâhukun beyi meclisi huzurunda yapılmış olması lâzım gelmektedir. İmdi; icap ile kabulün beyi meclisi huzurunda vaki olması keyfiyeti hakikî bir şarttır. Zira, icap ile kabulün yekdiğerine telâhuku hususunun muteber addedilebilmesi, ancak kanunun diğer bir hükmü bulunan beyi meclisi huzurunda olmasına vabeste bulunmaktadır.

2 — Calî şart. (Şartı calî). Kanunen ve örfen mevzu olmayıp ta münhasıran mükellefin kabulü ile vücut bulan şarta da calî şart denir. Misal; Bir kimse diğer bir kimseye (şu işi yaparsanız size şu kadar meblâğ veririm) demiş olsa, burada yapılacak işi taahhüd eden kimseye kanunen bir teklif vaki olmamıştır. Şahsı ahar tarafından vaki teklifi kabul ederek o işi yapmak külfetini tahammül etmiş bulunmaktadır; binaenaleyh o meblâğa hak kazanmak için ileri sürülen şart, bir şartı calîdir ki, kanunen muteber bulunmaktadır.

Kanunun bu şartı muteber addetmesi Allahın emrine müstenit bulunması dolayısiyledir. Cenabı Hak (Müslümanlar aralarında tekarrür ettirdikleri şartlara riayetle mükellefdirler) diye buyurmaktadırlar.

3 — İllet hükmünde şart: Bir hadisei hukukiyede hüküm kendisine izafe olunmaya salih bir illet bulunmayıp ta yalnız şart bulunacak olursa, buna illet hükmünde şart denir. Başka bir tarif ile, şartın zevali o fiilin tamamiyle zıddı bir fiilin illeti bulunursa, illet hükmünde şart vücut bulmuş olur. Misal: Tavana asılı bulunan bir avizenin tavanda asılı kalması fiilinin temadi etmesi için avizeyi tavana asan kordon veya zincirin kopmaması şarttır. Bu şart zeval bulunca asılı bulma fiilinin tamamiyle zıddı bulunan sukut fiilinin illeti vücut bulmuş olur. Zincir veya kordonun mevcudiyeti maddiyelerini muhafaza etmeleri keyfiyeti, avizenin asılı kalması fiilinin şartıdır. Bu şartın zevali sukutu intaç eder. İmdi; asılı kalma fiili kordon veya zincirin mevcudiyetine vabeste bulunduğu için bu şart, illet hükmünde bulunmaktadır. Bu şartın zevali, asılı kalma fiilinin illetinin zevali gibidir. Binaenaleyh asılı bulunan avizenin kordonunu kesen kimse, asılı kalmak fiilinin illetini izale etmiş addolunur. Yalnız avizenin kırılmasiyle değil, bu kırılma neticesi husule gelen zarar ve ziyan ile de muatep olur. Zira illet hükmünde bulunan bir şartı, yani illeti izale etmiştir. Avizeyi asılı tutan kordon kesilmemiş olsa idi, avize düşmeyecek, binnetice kırılıp hasara sebebiyet vermeyecekti.

4 — Sebeb hükmünde şart: İllet ile tesir arasında bulunmak suretiyle bu ikisini yekdiğerine rapteden şarta; sebeb hükmünde şart denir. Misal: Bir mahkûmun firarını temin için hapishane kapısını açmak gibi. Bu misalde, hapishaneden kaçma keyfiyetinin şartı, hapishane kapısının açılmış olması olmayıp, kapının açılması illeti kapıyı açan kimse, tesiri ise kaçma keyfiyetidir. Sebeb olan kapının açılması hususu, illet bulunan kapıyı açan kimse ile tesiri bulunan kaçma keyfiyetinin arasında bulunmaktadır. Bu ikisi arasında bulunan kapının açılması hususu, kapıyı açma illeti ile kaçma tesirini yekdiğerine raptetmektedir. İşte bu kapıyı açmaya, sebeb hükmünde şart denilmektedir.

İllet bahsinde de söylemiş olduğumuz gibi şartta teaddi ve tecavüz bulunup bulunmadığı hususunu tefrik etmek lâzımdır. Başka bir deyimle, şartın tesirinin, fiili ika eden kimseyi aşarak intikal yolu ile başka kimseler üzerinde tesir icra edip etmediğini ayırmak lâzım gelmektedir. Bu

takdirde netice, şarta ittisal peyda etmiş olur. Misal : Bir kuşun kafesini açarak uçurmak, bir hayvanın bağlı bulunduğu yerden ipini çözerek serbest bırakmak, hapishanenin kapısını açarak mahkûmları kaçırmak gibi. Bu misallerde görüldüğü veçhile şart fiili ika eden kimseyi aşarak başka kimselere tesir etmekte ve netice hemen şartı takip etmek üzere şarta bağlanmaktadır. Başka bir tabir ile, şartta tecavüz mevcut bulunmaktadır. Aksi halde yani şart tecavüz ve teaddî suretiyle neticeye bağlanmamış bulunduğu takdirde, fiili ika eden; bilfarz, hapishanenin kapısını açan kimse; ceza ile muatep olmamaktadır.

Tecavüz ve teaddi, sebeb hükmünde şartın vücude getirdiği fiili ceza ile muatep kılan iki unsurdur. Teaddinin bahis mevzuu olabilmesi için fiilî bir vak'anın mevcudiyeti lüzumlu olup, gayri fiilî bir vaziyetin mevcut bulunmaması lâzımdır. Misal: Hapishane kapısının açık bulunduğunu gören gardiyanın bu kapıyı kapamak için lüzumlu olan tedbirleri ittihaz etmemesi keyfiyeti, ahar kimse ile anlaşarak sui niyete makrun olmamak üzere, kapıyı bizzat açan gardiyandan başka cezayı müstelzimdir. Zira hareketinde başkalarının fiilleri ikaına yol açan bir tecavüz vaki değildir. Tecavüz olabilmesi için failin kendi hareketiyle o iş üzerinde fiilî olarak bir kuvvet sarfetmiş bulunması lâzımdır. Misal: Hapishanenin kapısını nizamnameye uygun bir şekilde muayyen saatlerde açan gardiyanın hareketinde sui niyete makrun olarak, başkasiyle anlaşmış olmamak şartiyle mahbusları kaçırmak için bir sebeb mevcut değildir. Fakat ayni gardiyanın vazifesi hududlarını tecavüz ederek kapının açık bulundurulmaması lâzım gelen bir zamanda, kapıyı açmış olması keyfiyeti; sebeb hükmünde şartı vücude getirmiş olur. Hapishanenin anahtarlarını tesadüfen ele geçirerek bu hareketi ika eden diğer bir şahsın hareketi de, ayni neticeyi tevlit eder. Zira hakkı olmayan bir hareketi tecavüz tarikiyle ika etmiş ve böylelikle sebeb hükmünde şartı vücude getirmiştir. İşte bu sebebledir ki, bu şahsın hareketinde teammüt mevcut bulunsun veya bulunmasın, kanunen cürüm mahiyeti mevcut bulunmaktadır.

* * *

ALÂMET

(Du signe avertissant)

Alâmet; beşerî bir fiilin şer'î ve kanunî bir hüküm altına alınmış bu

lunduğunu ve bu fiilin illet, sebeb ve şart gibi esasları ihtiva ettiğini ve bütün bunlar dolayısiyle bu şer'î fiilin ortada mevcut olup kanunî neticelerini arzetmesi için hiç bir mani mevcut olmadığını gösteren haldir.

Beşerî bir fiilin şer'î bir hükümle, hükümlendirilmiş bulunduğuna alâmet vasıtasiyle ittila peyda olunmaktadır. Böyle bir fiilin vücude gelmesi de yukarda da izah olunduğu gibi illet, sebeb ve şartın vücudune vabestedir. Fiil bunların bir neticesinden ibarettir. Alâmetin, mevcudiyetini bildirdiği fiilde tesir hassası mevcut bulunmadığı gibi, bu fiili neticeye isal veya tevkif etmek gibi hassaları da mevcut değildir. Alâmet dört nev'e ayrılmaktadır.

1 — Mahz alâmet. Hukukî ve şer'î bir fiilin mevcudiyetini gösteren bir alâmettir. Misal: Beyi'de tasarrufun mevcudiyeti gibi. Bir gayri menkulde tasarruflar şunlardır. O gayri menkulde ikamet etmek, o gayri menkulü kiraya vermek, tamir ettirmek ilâh... İşte bütün bu tasarruflar beyi' akdiyle iktisap edilmiş bulunan tasarrufların alâmetidir.

2 — İllet manasında alâmet. Kanunî ve şer'î bir surette hükümlendirilmiş bulunan bir fiili göstermekle beraber, aynî zamanda bu fiilin vücude getireceği netice ve tesirleri de irae eden alâmettir. Misal: Her hangi bir lâğımı temizlemek için sokak ortasına bir kuyu açmak kanunen caizdir. Bu kuyunun açılması ve lâğımın temizlenmesi bazan günlerce devam edecek bir ameliyeyi istilzam edebilir. Bunun için gelip geçenlerin kuyuya düşmemelerini teminen, kuyunun ağzı bir kalasla örtülerek gündüzleri kalasın altında kuyu bulunduğunu göstermek için bir bayrak, geceleri de bir fener dikilir. İşte bu bayrak ile fener alâmetler, yalnız kuyunun mevcudiyetini ihbar etmekle kalmayıp, geçenlerin kuyuya düşmemelerini de temin etmektedir. Binaenaleyh bunlar öyle birer alâmettir ki, ayni zamanda illet manasını da muhtevi bulunmaktadırlar. Kuyuya düşme illetini gelip geçenlere haber vermektedirler. Bu alâmetlerin mevcut bulunmaması, gelip geçenlerin kuyuya düşerek ölmeleri veya yaralanmaları tesirini meydana getirebilir. İşte bunun içindir ki, kanun illet manasına olan alâmetin ademi mevcudiyetini nazara almış, ve bu alâmeti koymayan kimseyi ceza müeyyidesi altına vaz etmiştir.

3 — Şart makamında alâmet: Şer'î bir fiilin mevcudiyetini göstermekle beraber ayni zamanda, o fiilin şartını da teşkil eden alâmete

şart makamında alâmet denir. Misal: Doğum keyfiyeti. Bir kimsenin nesebini de göstermesi itibariyle şart makamında alâmettir. Bir kimsenin sulbünden dünyaya gelmek, yalnız o kimsenin nesebinden dünyaya gelmenin alâmeti olmayıp, ayni zamanda şartını da teşkil etmektedir.

4 — Mecazen alâmet: Mecazî bir şekilde şer'î bir hükmü haiz addedilen fiillerin mevcudiyetini gösteren alâmete, mecazen alâmet denilmektedir. Daha doğrusu burada alâmetin mevcudiyeti, fiilin şer'î bir hükmü haiz olup olmamasına bağlıdır. Misal: Bir tüccar kâtibine (Şamdan gönderilen kumaşlar kâr eder ise sana on dirhem vereceğim) diyerek beyanda bulunmuş olsa, mecazen bir alâmet göstermiş olur. Fakat doğrusunu söylemek lâzım gelirse mecazen alâmet, alâmetin şartı gibidir. Misalde olduğu gibi ki, kârla satış yapıldığı takdirde on dirhem verilmek alâmeti vücude gelecektir. Kâtibe verilecek ikramiye bu kâra bağlı bulunmaktadır.

* * *

İslâm fukahasının insan ef'alini hükümlendirdikleri şer'î hükümlerin heyeti umumiyesi bundan ibarettir.

Bu bahsin İslâm usulü teşriinin anlaşılması en güç bir bahsi bulunduğunu bir kerre daha tekrar etmek isteriz. Anlaşılmasını kolaylaştırmak için mümkün mertebe tasnife tabi tutmuş bulunmaktayız. Ancak, bu bahsi daha ziyade tenvir etmek, ve bilhassa akitlere ait bazı ehemmiyetli noktaları daha ziyade tavzih etmek suretiyle tatbikattaki hususlarını göstermek için bazı izahatın daha verilmesini faydalı bulmaktayız.

* * *

Şer'î hükümlerin tatbikattaki makanizmasını göstermek ve bilhassa bu hükümlerin akit muvacehesindeki neticeleri irae etmek için, şimdiye kadar hükümler hakkında vermiş olduğumuz izahatı muhtevi bir misali arzetmeyi pek faydalı bulmaktayız. Bu misal için de yine beyi akdini elverişli ve münasip görmekteyiz.

* * *

Beyi'. Bu akdin muhtevi olması lâzım gelen ilk vaz'î hüküm (sıhhat) dir. Sıhhatin aksi fesad ve butlandır.

Bir beyi' akdinin fesad ve butlandan arî olarak vücut bulması ve kanun nazarında o akdin (sahih) olarak telâkki edilebilmesi için, muhtemelen on altı halin bu akidde içtima etmiş olması lâzımdır.

1 — Akdin muteber olabilmesi için satılacak şeyin fiatının muayyen olması lâzımdır. Ancak alıcının satılan şeyi muayyen bir müddet zarfında başkalarına göstererek aldanıp aldanmadığını anlamak hususunda bir hakkı mevcuttur. Böyle bir şartla vaki her beyi' sahihdir. Ve buna, yani bir müddeti muayyene zarfında malı başkasına göstermek suretiyle vaki, beyi' akdine tasavvun suretiyle beyi' denir.

2 — Satıcı sattığı malı, almış olduğu fiata hiç bir şey ilâve edilmeksizin aynen aldığı fiatla satabilir. Misal: Amr'in Zeyde, (bir yüzüğü size satın aldığım fiatın aynine satıyorum) demesi gibi. Zeyd böyle bir icaba karşı (mezkûr yüzüğü birinci sahibinden aldığınız fiata kabul ediyorum) diye kabulde bulunduğu takdirde, bu akid sahih bir akid olmuş olur. Buna arapçada, tevliyyet hükmü denilmektedir.

3 — Bir nesneyi kâr ilâve etmek suretiyle alıp satmak, buna da terabuh hükmü ıtlak olunmaktadır.

4 — Bir şeyi zararına olarak alıp satmak, «tehassür».

5 — Bir veya birkaç kişi ile ortak olarak bir şey alıp satmak, (şirket)

6 — Her iki âkit tarafın rıza ve muvafakatlariyle akdi fesh edebilmek şartı ile bir şey alıp satmak (ikale).

7 — Ayni kıymeti haiz iki şeyin yekdiğeri ile tırampa edilmesi suretiyle vaki alım satım (mübadele).

8 — Nakdi, nakde vermek suretiyle alım satım ki, para bozmaktan başka bir şey değildir. (Sarf)

9 — Satıcının satılan şeyin bedelini, müşteriye hibe etmesi, ve yahut müşterinin satılan şeyi tesellüm ettikten sonra, satıcıya hibe eylemesi (bu hal ekseriya hibe akdini takviye için yapılır.) «tevehhüp».

10 — Bedel veya satılan nesnenin kabiliyeti taksimiyeyi haiz bazı kısımlarının âkitlerden birisine terki suretiyle alım ve satım (sulh).

11 — Kredi üzerine alım ve satım.

12 — Kıymetçe mütehalif bulunan iki nesnenin ayni kıymete iblâğı için, kıymetçe dûn olanın üzerine para eklemek suretiyle alım satım. (teati).

13 — Muayyen bir müddet zarfında satılan şeyin, bedeli iade edilmesi suretiyle alım satım, (hıyar).

İslâm Hukukunun hıyara müteallik hükümlerini, bilmünasebe yukarki bahislerde sırası geldikçe bahis mevzuu etmiştik. Burada bir mi-

sal olarak bir kerre de hıyarı nakti vermek isteriz. Satıcı hıyarı nakit sayesinde müşteriden almış olduğu parayı, mezkûr paraların kıymetlerini kaybetmiş olduğundan bahisle iade etmek suretiyle akdi fesih edebilir.

14 — Satılan şeyin kemale ermesinden evvel vuku bulan alım ve satım. (Selem).

15 — Satılan veya alınan şeyin, kanunen satılması veya kullanılması meşru bulunması keyfiyeti. Beyi' akdinin mevzuu bu gibi şeyler olduğu takdirde, o akid sahih olmuş olur. Yoksa mesruk bir malın veya kalpazanlık suretiyle vücude getirilmiş olan bir nakdin beyi' akdine mevzu olması, o akdi sahih kılmaz.

16 — Beyi' akdinin netayici hukukiyesini vücude getirmesi başka bir hadisenin husulüne mütevakkıf bulunan haller, bilfarz Amrın gayri menkulünü ahare satması, komşusu bulunan Zeydin rıza ve muvafakatına bağlıdır. Zeydin rıza ve muvafakatı istihsal edildikten sonradır ki, Amrın yapmış olduğu beyi' akdi hukukî neticelerini meydana getirebilir. Aksi takdirde yani komşusu olan zeyd -ki, şefidir.- haberdar edilmediği takdirde bu bey'e fuzulî bir beyi' denir.

* * *

Beyi' Akdinde muteber ve sahih olarak bulunması muhtevel bulunan halleri zikrettikden sonra; yine beyi' akdinin fesadını mucip olan halleri zikredelim.

Yukarıki bahislerde fesad ile butlan arasındaki farkı izah etmiş ve aslen münakit olupta, bazı haricî sebebler dolayısiyle meşru olmayan beye fasid; aslen sahih olmayan beye de batıl denildiğini bildirmişdik.

Bey'i fasid kılmak için muhtemel bulunan haller de on altıdır.

1 — Mükemmel bir şeyin gayri mükemmel bir nesne ile mübadelesi. Anbardan alınmış olan buğdayın, henüz tarlada bulunan neşvünema sı tamam olmamış bir buğday ile mübadelesi gibi. Fasid bulunan bu akidle selem arasındaki fark, selemde mahsulün olmasına bağlı zaman mefhumu ile ayrılmış bir akid mevcut olduğu halde, buradaki mübadelenin derhal vukua gelmesidir. (bey'i bat). Selem, bir bedel mukabilinde tarlada neşvünema halinde bulunan mahsulün satın alınmasıdır ki, bu mahsul teslim esnasında kemale ermiş bir halde teslim olunacaktır. Satın alınan ve teslim edilecek olan şey muayyendir. Halbuki burada satın alınan şey, henüz kemale ermemiş mahsul bulunmaktadır.

2 — Bir gayri menkule mülhak olup, o gayri menkulden ayırmağa imkân olmıyan iki nesnenin yekdiğeri ile mübadelesi. Bilfarz duvara muttasıl bir mobilyanın yine duvara muttasıl ve çıkarılmasına imkân olmayan diğer bir mobilya ile mübadelesi gibi.

3 — Akdin meşruiyet kasbetmesi, akdin icrası anında o memlekette bulunmayan bir kimsenin vücuduna mütevakkıf bulunan alım satımlar.

4 — Baht ve talihe bağlı bir şartın vücut bulmasiyle, vücut bulacak olan alım ve satımlar, piyangodan çıkacak bir malın bedelinin daha evvelden tesviye edilmiş olması gibi.

5 — Henüz bir mevcudiyeti müstakille iktisap etmemiş bir hayvanın alım satımı. Bilfarz anasının henüz karnında bulunan bir at yavrusunun satılması gibi.

6 — Satıcının satılacak şeyi müşteriye yüz dirheme teklif etmesi üzerine, müşterinin, mezkûr malı başkalarına göstermek şartı ile 60 dirheme kabul ettiği kabulüne karşı, bayiin malı müşterinin önüne atarak gitmesi hali.

7 — Henüz teharrüs etmemiş, yani kemale ermemiş bulunan meyve veya tarlada bulunan sair hububatın peşin para ile satılması hali. (selemde peşin para olmadığı için, bunun da selem akdi ile karıştırılmaması lâzımdır.)

8 — Tağrir, yani aldatmak suretiyle vukua gelen alım satımlar.

9 — Zaruret halinde bulunan bir kimsenin iztirarı dolayısiyle vukua gelen alım ve satımlar. Bu hal iki suretle vukua gelmektedir:

1 — Dinî muktezaları yerine getirmek için. Abdest almak mecburiyetinde bulunan kimseye, fahiş fiatla su satmak gibi. 2 — İnsanın mevcudiyeti için lüzumlu bilumum ihtiyacı bu suretle satmak. Susuzluktan ölmek derecesine gelmiş bir kimseye fahiş fiatla bir bardak su satmak gibi.

10 — Kredi ile alınmış bulunan bir şeyin, yine kredi ile başkasına satılması,

11 — Henüz tekavvüm etmemiş bulunan, yani henüz ortada mevcut olmayan bir şeyin; bilfarz kış esnasında henüz yaprakları dahi mevcut bulunmayan ağacın meyvasının satılması.

12 — Akde fesad iras edecek, bir şartın akde zam ve ilâvesi suretiyle (teşriti bi'l-fesad) vaki alım satımlar.

13 — Tevazzû etmemiş, yani henüz vücut bulmamış bir şeyin satılması.

14 — Taraflardan birisine tesadüfe bağlı bir şart izafesi suretiyle vaki alım satımlar, Misal: Satıcının alıcıya (falan gün şu kadar bedeli verirsen, sattığım şeyi alırsın. Aksi takdirde akid batıldır.) demesi gibi. Kezalik ayni surette müşteri tarafından ileri sürülen bir şart da yine ayni neticeyi tevlit eder. Zira bu öyle bir akiddir ki, tarafların arzularına kalmış olup, bu şart tesadüfen ifa edildiği takdirde akid vücut bulmuş olacaktır. İşte böyle tarafların arzularının tesadüfî bir surette husulüne menut bulunan akidler, fasiddir. Satıcının müşteriye sattığı malın bir aynini çarşıda bulursa, akdin batıl olacağına dair vaz ettiği şart dolayısiyle vukua gelecek akidler de yine ayni sebebe mebni fasiddirler.

15 — Traflardan birisinin zekât vergisinden istihkakı bulunan miktarı karşılık göstererek (tendib) yapılan alım satımlar.

16 — Hisseler taayyün etmeden (tağnim) düşmandan alınan ganaim üzerindeki hakkına istinaden bir muharibin yapmış olduğu alım ve satım.

* * *

Bey'in butlanını vücude getiren sebebler beştir.

1 — (Mal) addedilmeyen bir şeyin satılması. Kanın satılması gibi. İslâm Hukukunda ihtiyaç halinde kullanılması için biriktirilmesine cevaz bulunan ve istimalî kanun'en memnu olmayıp, bir kıymet ifade eden (mütekavvim) nesneye mal ıtlak olunmaktadır.

2 — Müşteriye teslimi muhal bulunan bir şeyin satılması, bilfarz bulutların alım ve satımı gibi.

3 — Müslümanlar nezdinde alım ve satımı dinen haram olan şeylerin alım ve satımı (Domuz etinin satılması gibi).

4 — İcap ile kabul arasında tevafukun bulunmaması. Yani icap ile kabulün yekdiğerine uygun olmaması hali.

5 — Beyi unsurlarından birisinin mevcut bulunmaması. Tabiri diğerle (ademi in'ikad) hali.

Bu hususlara mütedair tafsilât en ince teferruatına kadar İslâm

Hukukunun ilk teşekkülü zamanlarında tesbit edilmiş bulunmaktadır. Ebû Hanifenin en belli başlı talebelerinden bulunan ve yüz sekseninci hicret yılında vefat etmiş olan İmamı Muhammed'in (Camiü's-Sağir) adlı eseri bu hususun en canlı bir şahididir.

* * *

Beyi akdine ait vaz'î hükümler iki gurubta toplanabilirler. Birinci guruba dahil bulunanlar şunlardır:

1 — Rükün. Tarafların kanunun kabul etmiş bulunduğu şekilde icap ve kabulde bulunmalarıdır.

2 — İllet. Beyi akdinin illeti mülkiyettir. Yani satılan şeyin satanın mülkiyeti altında bulunması ve beyi dolayısiyle bu mülkiyetin satıcıdan müşteriye intikal etmesidir. Akdin sıhhati, bu illetin bir neticesidir.

3 — Sebeb. Beyi akdinin sebebi, icap ve kabul unsurlarının yekdiğerine tam ve mükemmel bir surette tevafuk etmesidir. Beyi akdinin inikad, bu sebebin mevcudiyetinin bir neticesidir. Tabiri diğerle; icap ile kabul yekdiğerine tam ve mükemmel br surette telâhuk etmediği takdirde beyi akdine inikat etmiş nazarı ile bakılamaz.

4 — İcab ile kabulün serbest bir iradenin mahsulü bulunması lâzımdır. Maddî bir cebirle vukua gelen icap ve kabulün kıymeti olmadığı gibi; manevî bir cebir demek olan hile (tagrir) ile vukua gelen, icap ve kabul de ayni neticeyi tevlit eder.

5 — Beyi akdinin alâmeti, tasarrufdur. Yani satıcı malını satarak bedelini aldıktan sonra o bedel üzerinde; müşteri satın aldığı malı temellük ettikten sonra o mal üzerinde; tam bir surette tasarruf edebilmelidirler.

İkinci guruba dahil bulunan, vaz'î hükümler ise şunlardır.

1 — Sıhhat,

2 — İn'ikad. Aksi, ademi in'ikaddır.

3 — Nifaz. Aksi, ademi nifazdır.

4 — Lüzum. Aksi, ademi lüzumdur.

Bunlar hakkında lüzumlu izahat yukarda ita olunmuş bulunmaktadır.

* * *

Bu hükümlerin esasını teşkil eden şartlarla, bu hükümlerin meydana getirmiş olduğu neticeler, beyi akdi bakımından şunlardır:

1 — Rüşt, yaşı ve akdi icra bakımından idrakin kemal mertebesine erişmiş bulunması.

2 — Âkitlerin adedi. Âkitler birden fazla bulunmalıdır. Beyi akdinin vücudü için birden ziyade âkidin mevcudiyeti şarttır. Binaenaleyh tek bir kimsenin hem satıcı, hem de müşteri olmasına imkân yoktur. Nitekim vasi, vesayeti altında bulunan kimsenin malını satın alamaz. Zira kanun nazarında vasi, satıcı mevkiinde bulunmaktadır.

3 — İcap ile kabulün mutlak surette tevafuku.

4 — İcap ile kabulün, (meclisi beyi) huzurunda vaki olması.

5 — Satılacak şeyin (meclisi beyi) teşkil eden kimseler tarafından görülmüş olması.

6 — Satılan şeyin satıcının; ödenen bedelin müşterinin mülkiyeti altında bulunmaları.

7 — Satılan şey ile ödenecek bedelin kat'î bir şekilde malûm ve muayyen bulunması.

* * *

Beyi akdinde bu hükümlerin mevcudiyetine mani olan sebebler ise şunlardır:

1 — Âkitlerin küçük bulunmaları, veya aklî zaaf ile muttasıf bulunmaları. Bunun içindir ki küçüğün, aklen malûl olan bir kimsenin, matuhun ve sarhoşluk halinde bulunan bir şahsın böyle bir akdi icra etmeleri men edilmiş bulunmaktadır.

Kezalik âkitlerin hakikî bir surette şahsiyet sahibi olmaları lâzımdır. Bilfarz, bir gayri menkulü satmak için vekil tayin edilmiş olan kimse o gayri menkulü kendisi alamaz.

2 — İcap ve kabul arasında mutabakatsızlığın mevcudiyeti. İcabda bulunan kimsenin evimi beşyüz dirhem mukabilinde satıyorum, icabına karşı müşterinin dörtyüz dirheme alıyorum demesi gibi. Kezalik satıcının beş kile buğdayı on dirheme satıyorum tarzında icabını, müşterinin altı kile buğdayı on dirheme kabul ediyorum suretinde kabulü de ayni neticeyi tevlit eder.

3 — İcap ile kabulün yekdiğerinden ayrılmış, zaman mesafeleri içerisinde ve ayrı ayrı «meclis beyi» ler huzurunda vukuu. Çarşıda

dükkânda bir saati şu kadar dirheme sattığını beyan eden satıcının, şahitler huzurundaki bu icabına karşı müşterinin hiç bir cevab vermeyerek başka bir zamanda dükkâna gelip, başka şahitler huzurunda kabul ettim demesi gibi.

4 — Satılacak şeyin ademi mevcudiyeti. Satıcının müşteriye göstermeksizin şahitlerin mevcudiyetini bilmedikleri, bir yüzüğü satması gibi.

5 — Satılan şeyin mülkiyetine sahib olmamak. Zeydin; Amre (Bekirin evini size bin dirhem mukabilinde satıyorum) demesi gibi.

6 — Satılacak şey ile bedelin kat'î bir şekilde tayin edilmemiş olması hali. Amrin; Bekire (evimi sana beş yüz altına satıyorum) diye icabda bulunarak altının nevini tayin etmemiş bulunması. Kezalik, bir çok evlere malik bulunan Amrin hangi evini sattığını tasrih etmeyerek Bekire, (evimi şu kadar dirhem mukabilinde sana satıyorum) demesi gibi.

* * *

İşte akdin muteber olabilmesi için lüzumlu bulunan şartlar bunlardan ibarettir. Bazı istisnalar hariç olmak üzere, beyi akdine ait bulunan bu şartlar diğer akidlerde de mer'i bulunmaktadır. Bunun içindir ki, hükümlerin akitlere tatbiki hususunu göstermek için beyi akdini ele almış bulunuyoruz. Beyi akdi diğer akitlerde de bulunması lüzumlu bulunan şartları hemen hemen kâmilen muhtevi bulunmaktadır. Binaenaleyh sair akidler de, mahiyetlerinin icap ettirdiği nisbette beyi akdinin haiz bulunduğu hükümlere tabi bulunmaktadırlar.

* * *

İKİNCİ FASIL

HÂKİM

(Le juge)

İnsan ef'alile âkil bir kimsenin istimal edegelmekte olduğu eşyayı, bu ef'al ve eşyanın haiz bulundukları şer'î hükümleri tatbik suretiyle tavsif ederek hüküm altına alan kimseye hâkim denir. Her insan fiili ile bilumum akitlerin haiz bulundukları şer'î hükümler, ancak hâkimin hükmü ile sübut mertebesine erişmektedir. Yukarıki bahiste şer'î hükümleri inceden inceye tetkik etmiş bulunmaktayız. Ancak; izah etmeye çalıştığımız bahsi aydınlatmak bakımından şer'î hükümlerin iki esaslı guruba tefrik edilmiş bulunduğunu bir kerre daha hatırlatmak isteriz.

Bu taksime göre; şer'î hükümler şu esaslı sınıflara ayrılmakta idi:

1 — Tamamiyle (Hüsün) vasfını haiz bulunan şer'î hükümler.
2 — Tamamiyle (kubuh) çirkinlik vasfını haiz bulunan şer'î hükümler. Hüsün (güzellik) tamamiyle ilmî bir tabirdir. İnsana bu dünyada memduh vasfını kazandırmak ve öbür dünyada o kimseyi mecur kılmak, yani mükâfatlandırmak vasfını haiz olan bilumum ef'ali beşeriye (hüsün) mefhumu içerisine girmektedir. Buna mukabil gerek bu dünyada ve gerekse öbür dünyada ceza ve ukubeti müstelzim bulunan bilumum ef'ali beşeriye de (Kubuh) çirkinlik mefhumu içerisine dahil bulunmaktadır.

Eserimizin **birinci cildinde hâkimi mutlak** bulunan Cenabı Hakkın insan ef'alini ne suretle muhakeme buyurmakta olduğunu tetkik etmiş, ve insan ef'alini tavsif eden şer'î hükümlerin menabii hakkındaki islâm telâkkiyatını izaha çalışmışdık. Orada izah etmeye çalıştığımız husus. insan ef'alinde mevcut güzellik veya çirkinlik mefhumlarının bizzat Cenabı Hakkın resulü ile bildirdiği emir dolayısiylemi, yoksa in-

san akıl ve zekâsının tesiriylemi; vücude gelmiş bulunduğunu anlatmağa matuf bulunmaktaydı. Bu hususta islâm aleminde mevcut muhtelif fikirleri bildirmiş ve neticede meseleyi şu suretle hulâsa etmişdik. Üzerinde esaslı olarak tevakkuf edilecek fikir şu suretle telhis edilebilir. Kâinatın ve insan denilen mahlûkun mevcudiyeti dolayısiyle, hâlikın mevcudiyetini inkâra imkân yoktur. Binaenaleyh insan ancak hâlik'ın bir fiil hususundaki emirlerini telâkki edinciye kadar mazur sayılabilir. Bu emri telâkki ettikten sonra, artık insanın mazereti mesmu olamaz. Esasen «Ey nas, sizi halk etmekten maksadımız, hâlikı düşünebilmeniz içindir. Bundan başka da size, sizi doğru yola getirmek için Resulümüzü göndermiş bulunmaktayız.» mealindeki ayeti kerime de açık bir surette Kanunu Muhammedînin ne suretle meydana gelmiş bulunduğunu göstermektedir.

Bu bahsi ikmal için şurasını yine tekrar edeceğiz ki, Allahın kâinatın hâliki bulunması ve ebedî ve ezelî olması keyfiyeti, insanı işlediği fiilin mesuliyetinden kurtarmamaktadır. İnsanın yapmış olduğu fenalığın müsebbibi -haşa- Cenabı Hak değildir. İcra kılınan bu fena harekette kaderin bir tesiri yoktur. Gaybı bilen ve (alimi kül) olan Cenabı Hak, kuluna fena bir hareket yaptırarak onu tecziye etmek adaletsizliğinden daima münezzeh bulunmaktadır.

Allah bütün mevcudatı halk ederken bu mevcudata bir takım istidat ve liyakatlar bahşetmiştir. İnsan da bir takım istidat ve liyakatlarla doğar ki, o istidat ve liyakatlar rüşt yaşında insanda tamamiyle kemalini bulmuş olur. Binaenaleyh insan Cenabı Hakkın bahşetmiş bulunduğu bu evsaf dolayısiyle rüşt yaşında iyi ile fenayı yekdiğerinden ayırabilecek bir melekeye sahib olarak, Cenabı Hakkın resulü vasıtasiyle bildirmiş bulunduğu mevzuatı idrak edecek bir hal iktisap etmiş olur.

İslâm kanunu mesuliyet bahsinde birinci cildde bahsettiğimiz ve bu bahsi takip edecek olan fasılda daha esaslı bir tetkike tabi tutacağımız, hastalık dolayiyle mazeretleri kabul etmiş, ve bunları hafifletici sebebler meyanına ithal etmiş bulunmaktadır. Ancak; insanın böyle bir mazeret vuku bulmaksızın, Cenabı Hakkın kendisine emretmiş olduğu vasıfları suistimal ederek, bir takım fenalıkları meydana getirmesi keyfiyetinin, kader ile alâkası mevcut değildir. Buna mukabil

Allahın kendisine bahşetmiş olduğu istidat ve liyakatlardan birisinin zevali veya zaafı dolayısiyle işlenmiş bulunan fenalıkları ise Cenabı Hak, müsamaha ile muhakeme buyurmakta ve bu müsamaha neticesi olarak insanın hukuk ve vecaibi hususunda muhaffif sebebler vücut bulmaktadır.

İnsan melekelerinden bir veya bir kaçının zaafı dolayısiyle işlediği memnu fiillerden dolayı, bu zaafın kuvveti derecesinde mazur görülmektedir. En büyük şari' bulunan Cenabı Hak ancak; böyle bir adamın işleyeceği fenalıklardan dolayı cemiyetin diğer azasının da vikayesini emretmekle iktifa eylemektedir.

ÜÇÜNCÜ FASIL

İNSANIN İCRA EYLEDİĞİ FİİLLER
(EF'ALİ İNSAN)

Burada bahis mevzuu edeceğimiz insan fiilleri kanun vazının (şari'in) haklarında hüküm tertip etmiş olduğu insan ef'ali ile, insanlar tarafından vücude getirilen akid ve muamelelerdir ki, şari' bunlara güzellik, (hüsün) ve çirkinlik (kubuh) vasıflarını izafe etmiş bulunmaktadır.

Güzellik ve çirkinlik vasıflariyle tavsif edilmiş bulunan bu fiil ve muameleler hakkında birinci cildimizde kâfi derecede izahat verilmişti. Bu bahisleri burada izah edeceğimiz hususata bir yardımı olur ümidi ile mümkün olduğu kadar ihtisar etmek suretiyle tekrar etmeyi lüzumlu addetmekteyiz.

İnsan fiilleri iki büyük nev'e ayrılmaktadırlar.

1 — Birinci nevi: İnsanın başkasının iradesinin iştirakine ihtiyaç hissetmeden bizzat icra ettiği fiiller. Bu fiillerde teaddi mevcut olmayıp, neticeleri, fiili icra eden kimsenin şahsiyeti haricine çıkmadığı gibi, başkalarının hak ve menfaatlerini de alâkadar etmez. Bu kabil fiillere, (ef'ali hususiye) yani her ferdin zatına mahsus fiiller denilmektedir. Bu nev'e dahil ya insanın hayatî faaliyetini alâkadar eden; görmek, işitmek yürümek gibi. Yahut ta ferdin sıhhatinin temadisi ile alâkadardır. Yemek. uyumak gibi. Kezalik, şahsın dinî hayatını alâkadar eden fiiller de yine bu nev'e dahil bulunmaktadırlar. İman, namaz gibi. Bunlardan başka ferdin kendi kendisine bir kanaat edinmesini sağlayan veya bir işi icra edip etmemek üzere. karar ittihazına yardım eden fikrî fiiller de bu nev'e dahildir.

2 — İkinci nevi : Teaddiyi mutazammın fiiller. bu nev'e dahil bulunmaktadırlar. Bu nev'e dahil bulunan fiiller başkalarına da tesir

ederek, başka kimselerin maddî veya manevî menfaatlerine teaddi etmekte, alâkadar kılmaktadır ki, bunlar ayrıca talî kısımlara ayrılmaktadırlar.

A — Bütün alâkalıların rıza ve muvafakatlariyle tekemmül eden fiiller. Nikâh akdinin husul bulması için lâzım olan rıza gibi. Bu guruba dahil bulunan fiillerin esasını karşılıklı rıza ve iradelerin yekdiğeriyle tevafuku teşkil etmektedir. Bilumum akidlerle mukaveleler bu nev'e dahildirler.

B — Ya tek bir kimsenin ve yahut ta bir çok kimselerin iradelerinin bir araya gelmesiyle husul bulmakla beraber, mevzuu itibariyle ammeyi alâkadar eden fiiller. Nafıa ve sanayi işleri gibi.

C — Tesir ve neticeleri itibariyle başkalarının menfaatlarını alâkadar etmekle beraber, bu başka kimselerin iradelerinin telâhukuna lüzum hasıl olmadan vücude gelen fiiller. Cürüm ve cinayetler gibi.

Bütün bu ef'alin istilzam ettiği ceza ve mükâfatlar hakkında lüzumlu malûmatı, eserimizin birinci cildinde ita etmiş bulunmaktayız. Kezalik, yine bu ciltte kefareti istilzam eden fiillerle, günah telâkki edilen fiilleri de izah etmişdik. Cemiyetin her ferdini alâkalandırmış olmak bakımından fiiller, istilzam ettikleri mükâfat ve mücazata göre, dört büyük kısma ayrılmaktadırlar.

1 — Hukukullah olarak addedilen fiiller.

2 — Hakku'l-abd (Kul hakkı) addedilen fiiller.

3 — Bu iki hakkı da nefsinde müştereken cemetmiş bulunan fiiller.

4 — Hakku'l-abd (kul hakkı) nın galip bulunduğu fiiller.

Muhtelif nevilere ayrılmış bulunan bu fiiller gerek bizatihi olarak ve gerekse kanunun diğer ahkâmı ile münasebettar olmaları bakımından tetkik edilmiş bulunmaktadırlar. Bu suretle de bu fiiller şöyle bir taksime uğramaktadır :

1 — Memnu olan fiiller. 2 — Tavsiyeye şayan veya gayri şayan fiiller. 3 — Mübah fiiller.

Nikâh ve mukavelelerle cezayı müstelzim bulunanlar, ve bunların hafifletici sebebleri de dahil olmak üzere bütün bu fiiller hakkında birinci cildimizde kafi izahat verilmiş bulunmaktadır.

İslâm fukuhası fiilleri bir de mahiyetleri itibariyle, yani her fiili

kendi şahsiyeti çerçevesi içerisinde olmak üzere, tetkik etmiş ve bu bakımdan da fiilleri yine dört büyük kısma ayırmışlardır.

1 — Mevcudiyeti beş hissimiz vasıtasiyle idrak edilen fiiller. Bu kısma dahil fiiller, beş his vasıtasiyle idrak olunmaları dolayısiyle, bir vasfı hukukî iktisap etmekte, iktisap olunan bu vasfı hukukî diğer bir hükmü şer'îye sebeb teşkil etmektedir. Misal: Zina fiili. Zinanın gayri meşru bir fiil telâkkisi için (gözle görülmesi) lâzımdır. İşte zina fiili, gözle görülmesi, yani beş histen birisi ile idrak olunması dolayısiyle gayri meşru vasfını almakta, ve bu sebeb dolayısiyle ikinci bir hükmü hukukîye bağlanarak recim cezasiyle tecziye edilmektedir.

2 — Beş histen birisi ile idrak olunup ta ayrıca bir hükmü hukukî meydana getirmeyen fiiller. Misal: Servetini makul bir şekilde sarf ve istihlâk ederek yaşayan bir kimsenin hali. Bu kimsenin hareket nattı beş histen, görmek hissiyle görülen bir fiil ve harekettir. Bu şahıs Cenabı Hak tarafından emir buyrulan (Yiyiniz ve içiniz) emrine muvafık bir surette hareket eylemektedir. İnsan yiyip içmekte serbesttir. Binaenaleyh bu kimsenin servetini makul bir şekilde yiyip ve içmesi, meşru bir harekettir. Ancak bu fiil ve hareket, hiç bir hükmü hukukî vücude getirmemektedir. Fiil meşrudur. Fakat bu meşruiyet hiç bir hüküm tevlit etmemektedir. Servetini makul bir şekilde sarf ve istihlâk eden kimse, ne mükâfat görür ne de mücazat ile muatep olur.

3 — İnsanın beş hissini alâkadar etmeyerek, münhasıran kanunun nazara almış olduğu fiiller. Bu nevi fiillere ait hükmü kanun; yani şeriat vazetmiştir. Kanunun bu kabil fiiller için vazetmiş olduğu hüküm, yine kanunun ikinci bir hükmüne sebeb teşkil etmektedir. Misal: Beyi akdi gibi. Beyi akdinin icap ve kabulün yekdiğerine tam ve mükemmel bir surette telâhuku suretiyle vukua geldiğini görmüşdük. İşte icap ve kabulün tam ve mükemmel olarak yekdiğeriyle telâhuku keyfiyetini, beş hissimizden hiç birisi hissetmemektedir. Zira gözle görülüp, elle tutulan bir keyfiyet değildir. Onun içindir ki bu telâhuk keyfiyetinin vücudunu kanun, hüküm altına almış bulunmaktadır. Bu telâhuk keyfiyetinin tam ve mükemmel olması hususunu ancak, kanun anlayacak ve görecektir. İşte bu suretle vücude gelen beyi akdi derhal başka bir hükmü hukukîye sebeb teşkil etmektedir ki bu da mülkiyet hususudur. Beyi ile satılan şey, satanın mülkiyetinden çıkıp, müşterinin mülkiyeti dahiline girmektedir.

4 — İkinci bir hükme sebeb teşkil etmeksizin, münhasıran kanun tarafından nazara alınmış bulunan fiiller. Misal: Namaz gibi. Namaz, ancak kanunun, yani şeriatın vazetmiş olduğu bir hükümdür. Beş hisle görülememektedir. Zira her ne kadar namazı vücude getiren harekât görülmekte, ve her ne kadar namazda okunan dua ve ayetler işitilmekte ise de bizatihi namazın kendisi, yani kulun Allahına kadar ulaşabilmesi keyfiyeti, gözle görülememektedir. Namaz şeriatın farz olarak tanıdığı bir fiil olmakla beraber, başka bir hükmün vücuduna da sebebiyet vermemektedir.

* * *

Fiiller kendilerini vücude getiren iradelerin yekdiğeriyle telâhuk etmesi bakımından da ayrıca üç kısma ayrılmaktadırlar :

1 — İcap ile kabulün yekdiğeriyle telâhuku suretiyle vücude gelen fiiller. Bilumum akidler (muamelât) bu cümledendir. Bu fiillerde icap ile kabul, aynı kıymeti haiz bulunmaktadırlar.

2 — Yalnız icap ile vücut bulan fiiller. Bunlar da ikiye ayrılmaktadır :

A— İcabın mevcudiyeti ihtiyarî bulunan fiiller. İstikbalde vuku bulacak bir hususun tahakkuku halinde Allah namına bir taahhüde girmek demek olan nezir ile (ex-voto), muayyen bir hususun husulü zımmında kendi kendine yapılan vaatler bu cümleye dahildir.

B — İcabın mecburî bulunduğu fiiller. Bu gibi fiillerde icabın icrası iztıraridir. Mirasa ait faraiz mesaili ile, insanlar üzerine farz bulunan dinî vecibelerin ifasında olduğu gibi.

3 — Kabulün mevcudiyetine lüzum olmayan fiiller. Talâkın vücude gelmesi için kocanın talâkı istilzam eden icapta bulunması kâfi olup, kadının bu icabı kabul etmesine lüzum yoktur. Kocanın talâk hususundaki icabı ile, talâk vukua gelmiş olur.

* * *

ŞER'Î LÂFIZLARA GÖRE ŞER'Î AHVÂL

Birinci cildde lâfzın, yani sözün de bir fiil, bir mevcudiyet olduğu hususu izah edilmişti. İnsan söz söyleme kabiliyetini vücude getiren uzuvları harekete getirmek suretiyle söze vücut vermekte, ve böylelik-

le bir fiil meydana getirmektedir. İnsanın vücude getirdiği söz vasıtasiyle fiillerden bazılarına kanun, vücuda getirmiş oldukları adlî neticeler itibariyle sureti mahsusada bir ehemmiyet atfetmiş bulunmaktadır ki, bu bahiste bunlardan bahis olunacaktır.

İnsanın telâffuz etmesi neticesi olarak mukavele ve akidleri ve yahut bunlara benzeyen kanunî vaziyetleri vücude getiren söz ve cümlelere şer'î lâfızlar (Akvali şer'iye) denilmektedir ki, şunlardır.

1 — Akid ve mukaveleleri vücude getiren sözler ki, icap ile kabulden ibarettir. Bütün akidlerin vücude gelmeleri, bu iki sözün mevcudiyetine mütevakkıftır. Misal: Amrin, Zeyde evini satmak için yapmış olduğu icabın, Zeyd tarafından kabul edilmesi, yani bu hususiaki icap ile kabulün yekdiğeriyle telâhuk eylemesi beyi akdini vücude getirmiş olur.

2 — Öyle lâfızlar da mevcuttur ki, daha başka hukukî vaziyetlerin hudusuna sebeb olurlar. Bu gibi lâfızlar: A — İlzamî (İnjonction) yani ahar bir kimseye külfet tahmilini, B — İltizamî (Soumission), yani ahar bir kimse tarafından bir külfet tahammülünü muhtevi bulunmaktadırlar.

İlzamı muhtevi bulunan lâfızlar :

1 — Emri, 2 — Davayı, 3 — Talebi, 4 — Hükmü, 5 — Vasiyeti, ifade etmektedir.

İltizamı muhtevi olan lâfızlar ise.

1 — Borcu ikrar, (İkrarı bi'd-deyn), suçu ikrar (İkrarı bi't-töhmet), 2 — Şahadeti, 3 — Gaip hakkındaki kefaleti, 4 — Şarta mukarin taahhüdlerle, (Amrin bir daha şarap içersem karımdan boş olayım taahhüdü gibi). Nezir; ve bir iyilik yapmak hususundaki vaatleri ifade etmektedir.

Elfaz içinde lâfızların ihdas etmiş bulundukları hukukî netayiç itibariyle inşaî ve ihbarî olarak ikiye ayrılmış bulunduklarını izah etmişdik. Tıpkı bunun gibi, şer'î lâfızlar da inşaî ve ihbarî diye ikiye ayrılmaktadırlar.

İnşaî olan şer'î lâfızlar. Evvelden mevcut olmayan bir vaziyeti hukukiyeyi vücude getirdikleri gibi; evvelden mevcut olup ta, zahir bulunmayan bir hukukî vaziyeti de zahir hale koyarlar. İcap ve kabul ile taahhüdleri veya nezir ve vaatleri muhtevî bulunan inşaî lâfız-

lar bu cümledendir. İhbarî olan şer'î lâfızlar ise, esasen mevcut bulunan hukukî bir vaziyeti ihbar ve ifade etmektedirler. Yani bu lâfızlar kendiliğinden bir vaziyeti hukukiye meydana getirmeyip, mevcut bulunan hukukî vaziyeti bildirmektedirler. Borcu olan bir kimsenin bu borcu ikrar etmesi, ve yahut, nesebinden gelen bir çocuğu babanın tanıması gibi.

* * *

Şer'î ahvale gelince: İnsan ef'alini teşkil eden anasırın heyeti mecmuası, şer'î ahvali teşkil eder. Misal: Namaz kılmak bir fiildir; bu fiil bir takım hareketlerle, bir takım lâfızlardan vücude gelmektedir. İşte bir müslümanın namazını teşkil eden hareketlerle, sözleri ifa etmek suretiyle namaz kılmak keyfiyeti; şer'î hali vücude getirmektedir. Diğer misal: Beyi insan ef'alinden birisidir. Alıcı ile satıcının icap ve kabulde bulunmaları keyfiyeti, heyeti umumiyesi itibariyle şer'î bir halin vücudüne sebebiyet vermektedir. Binaenaleyh şer'î hal; kanunun akdin vücudü için lüzumlu saydığı anasırın bir araya gelmesiyle vücude gelmektedir. Nitekim, vücude gelen bir şer'î hal dolayısiyledir ki beyi akdinde satılan şey, müşterinin mülkiyeti dahiline girmekte ve satıcının satmış olduğu o nesne ile hiç bir alâka ve irtibatı kalmamaktadır.

* * *

FİİL İLE NİYET

(De la determination et de l'action)

Bilumum şer'î ahvalde İslâm Hukuku iki derece kabul etmektedir. Niyet ve Fiil.

Niyet, insanın bir fiili icra için peşinen zihnî bir faaliyette bulunması neticesi olarak meydana gelir.

İslâm mevzuatı hukukiyesinde niyetin büyük bir ehemmiyeti mevcuttur.

1 — İbadetlerin icrası, veya terki hususları, niyete bağlı bulunmaktadırlar. Nitekim ramazan ayında gece, ertesi günü oruç tutmağa niyet ederek niyet ettiği günü orucu tutmayan kimse, münhasıran oruca niyet etmiş olması dolayısiyle, kefaret orucunu tutmak mecburiye-

6— Otuz yaş devresi. Otuz yaşına gelmiş olan bir kimsenin kuvvetleri inkişaf etmiş, ziyadeleşmiş, son mertebesine gelmiştir. Bu devre otuzdan kırk yaşına kadar devam ederek, kırk yaşında tevakkuf etmeye başlar ki, bu tevakkuf haline (sinni tevakkuf) denilir.

7 — Kırk yaşına gelmiş olan bir kimsede kuvvetler artık tevakkuf halindedir. Ne artar ne de eksilirler. Bu yaşa onun için (Sinni kemal), kemal yaşı denilmektedir.

8 — Kırktan altmış yaşına kadar, kendisini göstermeyen gizli bir inhitat başlar. Bu inhitat gözle görülebilecek bir şekilde olmamakla beraber, başlamış bulunmaktadır. Bu devreye (inhitatı hafî), gizli inhitat devresi denilmektedir.

9 — Altmışından ölüm anına kadar, insanın kuvvetleri günden güne tedricen azalmaya, inhitat etmeye devam eder. Bu devredeki inhitat gözle görülebilir, bir şekildedir ki bu devreye (inhitatı celî), açık inhitat devresi namı verilmektedir.

Kadınlarda bülûğ yaşı, adet görmeye başlamalarından itibar olunmaktadır.

* * *

Rüşt yaşı için, Hanefî Mezhebinde iki muhtelif fikir mevcut bulunmaktadır. Birincisi İmamı Azama ait olanıdır. Müşarünileyhe göre, yirmibeş yaş insanın hayatının öyle bir devresidir ki, bu devrede kişinin zekâ ve muhakeme kudetiyle, bütün kabiliyetleri tam olarak inkişaf mertebesine erişmiş bulunmaktadırlar. Buna binaen bu yaştaki kimsenin tam bir surette salâhiyetlerine sahib olacağını kabul etmektedir. İkinci fikir: İmam Ebû Yusuf ile İmam Muhammed'e ait bulunmaktadır. Bunlara göre, rüşt yaşı bülûğun tezahürü ile başlayan yaştır.

Bütün bu yaş devrelerine ait izahat eserimizin birinci cildinin (nazarî malûmat) kısmında verilmiş bulunmaktadır. Kezalik insanın vecibeleri, bu vecibelerin anasırının nelerden ibaret bulunduğu hususlariyle; salâhiyet ve ehliyet bahisleri de İslâm Hukukunda ihtilâfı ve münakaşaları tevlit etmiştir. Bu bahisler hususunda da lüzumlu malûmat birinci cildin nazarî malûmat kısmında mevcuttur. Yalnız buracıkta şu kadarını yine tekrar etmek lüzumunu hissetmekteyiz ki, ef'ali tahdit eden esaslı hükümler gayri meşruiyet (haram), kerahet ve zandan ibaret bulunmaktadır. Bu hususlaki lüzumlu malûmatı da bu cildin (hüküm-

ler) faslında ita etmiş bulunmaktayız. Şimdi bu bahislerin başlıcalarına tekrar rücu ederek, tetkikine girişeceğiz. Gerçi bu husus tekerrür olarak telâkki edilebilirse de lüzumu olduğu için, böyle telâkki edilmemesi lâzım gelir. Zira, eserimizi tetebbu etmek isteyen talebelere, bu bahislerin en ince teferruatının dahi gösterilmiş olması lâzım gelmektedir. Esasen aşağıdaki izahatı takip edecek olanlar, yukarda birinci ciltte verilmemiş bazı tafsillere de tesadüf edecek ve hiç olmazsa bunların kıymeti hakkında bir fikir edinmiş olacaklardır.

* * *

İNSANIN VECİBELERİ

Arap Müçtehitleri insanı (mahkûmunbih) yani, hakkında hüküm verilmiş olan kimse diye telâkki ederler. Bu tarif insanın Cenabı Hak tarafından fiillerine göre muhakeme edilip, hüküm verilmiş olması itibariyledir. Filhakika insanı memduh veya mağdup vaziyete sokan, icra ettiği fiillerdir. Binaenaleyh insan fiillerine göre, muhakemeye tabi olarak hüküm altına alınmaktadır. İnsanın işlediği fiillerin vecibelerine uygun bulunması lâzımdır. İnsan, vecibe namı verilen bir yük taşımakta, ve bu yükü taşımak külfetiyle mükellef bulunmaktadır. Binaenaleyh insan, icra ettiği fiillerin bu vecibelere uygun bulunup bulunmaması veya işlediği fiilin iyi veya kötü olması dolayısiyle mükâfat, yahut mücazata tabidir.

Cenabı Hak insanları kendilerine vaki (hitabullahı) dolayısiyle muhakemeye tabi tutmuştur. İnsan Allahın emir ve nehiy'den ibaret bulunan vecibe yükünü tahammül etmiş olması dolayısiyle, mükellef addedilmiş, yani mesul sayılmıştır.

İnsanın bu mesuliyeti haiz olabilmesi için, bir çok kerreler tekrar ettiğimiz gibi, (ehliyeti) iktisap etmiş bulunması ve tahammül etmiş bulunduğu vecibeyi ifaya lâzım kudret ve kuvveti haiz bulunması lâzımdır. Bu hali islâm fukahası üç ayrı hukuk tabiriyle izah etmektedirler ki, onlar da şunlardır.

1 — Salâhivet (aptitude). 2 — Ehliyet (Capacité), 3 — Kudret (puissance).

* * *

SALÂHİYET

(De l' aptitude humain)

Yukarıki bahislerde işaret ettiğimiz gibi insan, cenin halinde iken de bazı haklara sahib olabilmek salâhiyetini haiz bulunmaktadır. Doğumundan itibaren ise yaşı ilerledikçe kanunun kendisine tahmil ettiği bir takım vecibelere ve yine kanunun bahşeylediği bir takım haklara sahib olmağa başlamaktadır. Bu hal insanın bütün hayatınca, ehliyet hali zeval bulmadıkça, böylece devam eder. (Salâhiyete) sahib olmayarak doğan kimseler de bilâhare ehliyete inkilâp edecek olan kuvvetlerin inkişafı vücut bulmamaktadır. Doğuşunda sağır, ebleh ve deli olarak doğanlar (salâhiyet) hakkından mahrum bulunmaktadırlar. Bu gibilerin yaşları ilerledikçe, bu mahrumiyet daha ziyade kendisini gösterir, nihayet rüşt yaşı geldiği zaman bu gibi kimselerin benzerleri gibi kanunun tahmil etmiş bulunduğu vecibelere muhatap olmadıkları daha bariz bir surette kendisini göstermiş olur. Kanun, rüşt yaşına gelmiş olan bu gibi kimseleri, tahmil edilmiş olan vecibeleri ifa etmek kabiliyetinden mahrum bulunmaları dolayısiyle, gayri mesul addetmekte ve haklarını istimal edebilmek keyfiyetini de, bu gibiler için tanımamaktadır. Zira bu hakları istimal ederken, bu gibi noksan kimseler hem kendilerine zarar verecek, hem de cemiyetin diğer uzuvlarını zarara sokacaklar diye telâkki edilmektedirler.

* * *

EHLİYET

(De la capacité)

İnsanın mesul edilebilmesi için evvel emirde salâhiyetine malik olarak doğması lâzım geldiğini, yukarda izah etmiş bulunuyoruz. Doğuşunda salâhiyet sahibi bulunan bir kimsenin, haiz bulunduğu bu salâhiyetin inkişafı suretiyledir ki, o kimse kanunun kendisine tahmil etmiş bulunduğu vecibeyi ifaya ehil olmaktadır. Ehliyet, (nefsi hükme) göre iki nevidir. Bunlardan her biri insan şer'î ahvalinin bir derecesini teşkil eder.

1 — Ehliyeti vücup. Bu nevi ehliyet, vecibeyi bilfiil olmayıp bilkuvve vücude getirmektedir. Vecibe, idrak ve havsalamızın aldığı nisbette, Allaha, kendimize ve hemcinslerimize yapmak mecburiyetinde bulunduğumuz ef'alin tezahüründen evvel; vicdanımızda duyduğumuz bir mecburiyet hissinden başka bir şey değildir. Misal: İnsanda mevcut Allahın birliğine inanmak hissi, insanın böyle bir birliğe inanmak istidadı ile doğmasından ileri gelmektedir. İnsan doğduktan sonra bu his kendisinde, hiç bir tezahür göstermeden uzun müddet kalabilir. Tezahür göstermeden insanın içinde kalan bu his, vecibeye salâhiyet ve istidattan başka bir şey değildir ki, ehliyeti vücubu teşkil etmektedir.

2 — Fiilî olarak vecibelerin ifası ve fiilî olarak haklarından istifade edebilmek ehliyeti ki, buna da İslâm Hukukunda (ehliyeti eda) ismi verilmektedir. (Ehliyeti vücup) insan hayatı devrelerinden kanunun tayin etmiş bulunduğu öyle bir devredir ki bu devrede ferd, kanunun tahmil etmiş bulunduğu bilumum külfetlere maruz bulunmaktadır. Allaha ve hemcinsleri olan insanlara karşı bilumum vecibeleriyle mükellef tutulmaktadır.

Vecibelerin bilfiil ifa edilmesi mecburiyetini tahmil eden ve haklardan bilfiil istifadeyi bahşeyleyen (ehliyeti eda) ise, bu vecibeleri ifa edebilmek, bu haklardan istifade eyleyebilmek için insanda lüzumlu olan maddî ve manevî kudretin inkişafiyle husul bulmaktadır. Misal: Hac, her müslümanın hayatında bir defa yapmak mecburiyetinde bulunduğu bir vecibedir. Ferd, rüşt yaşına girdiği andan itibaren, ölünceye kadar bilkuvve bu vecibeyi tahammül etmiş bulunmaktadır. Fakat bu vecibenin bilfiil ifası hususu, o kimsenin hac vecibesini ifaya müsait olacak derecede maddî sebeblerin husulü ile meydana gelmektedir. Haccı ifa edecek kimsenin malî kudretinin, veya böyle uzun bir yolculuğa tahammül edecek kadar sıhhî vaziyetinin müsait olması lâzımdır. İşte rüşt yaşından itibaren haccın, ferd üzerinde bir vecibe halinde mevcudiyeti hali, ehliyeti vücup; ferdin maddî ve manevî esbabı haiz olarak bu vecibeyi bilfiil icraya mecburiyeti hali ise, ehliyeti edadır. Hakların istimali hususunda da mesele böyledir. Çocuk; haklarının istimal hakkına bilfiil değil, bilkuvve malik bulunmaktadır. Çocuğun bilkuvve sahib olduğu hakkı istimal keyfiyeti bilfiil tahdit edilmiştir. Kendisine bahşedilmiş bulunan bu hak istimali keyfiyetini ancak, veli veya vasisi marifetiyle yapabilmektedir.

Eda ile vücup arasındaki en esaslı fark, edada bilfiil yapılması lüzum ve mecburiyeti olup, vücupta böyle bir halin mevcut bulunmamasıdır. Ehliyeti edayı haiz olan kimseler, bilumum vecibeleri bilfiil yapmak mecburiyetinde bulundukları gibi, bilumum haklarından da bizzat istifade etmektedirler.

Ehliyet; mükellefin şahsiyeti bakımından da ikiye ayrılmaktadır.

Birincisi: Ehliyeti kâmiledir. Aşağıda zikredeceğimiz on altı hal, hariç olmak üzere, insanın tam olarak ehliyet sahibi bulunması keyfiyetidir.

İkincisi: Ehliyeti kasıra. Bu halde bulunan kimsenin ehliyeti, tam bir ehliyet olmayıp, noksan bulunmaktadır. Ehliyeti nakısa sahibi kimsenin mesuliyeti mevcuttur. Ancak bu mesuliyet, biraz ilerde zikredeceğimiz, on altı halden birisinin mevcudiyeti dolayısiyle tam bir mesuliyet olmayıp, nakıs bir mesuliyet halinde tecelli etmektedir.

* * *

KUDRET

(De la puissance)

Kudret kelimesi İslâm Hukuku edebiyatında, itibarî bir manayı haiz bulunmakta, kanunun insana tahmil etmiş bulunduğu vecaibi, ferdin ifa edebilmesi için lüzumlu kuvvet miktarını ifade etmektedir.

Kudret iki derecede mütalâa olunmaktadır:

1 — Kudretin ilk derecesi, hasır ve tahdit edilmiş olan kudrettir ki, buna İslâm Hukukunda kudreti mümekkine denilmektedir. Kudreti mümekkine fiili vücude getirecek olan kimsenin, ihtiyarında bulunan kudrettir. O fiilin vücut bulması için lüzumlu şerait, alât ve esbab, cümlesi, failin elindedir. Fail fiilin husulüne mani olacak haricî manileri de izale etmek kudretindedir. Binaenaleyh kudreti mümekkine ile husulü mümkün olan bilumum emir ve nehiylerin icrası mecburiyeti mevcuttur. Zira her hangi bir maddî imkânsızlık mevcut bulunmadığı takdirde Allah, emrettiği hususun icra vasıtalarını da, emrettiği kimseye ihsan buyurmuş bulunmaktadır. Yeterki bu kimse Cenabı Hakkın kendisine bahşetmiş bulunduğu bu icra vasıtalarından faydalan-

mağa say etmiş, iktidarında bulunan bütün cehdini istimal etmiş bulunsun. Bunun aksine mülâhaza Cenabı Hakkın imkânsız bulunan şeyleri emretmiş olduğu neticesine varır ki, böyle bir şey düşünmeğe dahi imkân mevcut değildir. Zira Cenabı Hakkın insandan gayri mümkünü, mümkün hale koymasını istemesi ilâhî adalet ve marifet ile telifi kabil bulunmamaktadır.

Kudretin ikinci derecesi müessir bir kudret olan kudreti müessiredir. Kudreti mümekkinenin vücude getirdiği fiil, kudreti müessire sayesinde vücude gelmiş olur, Mükellef bulunan kimse, mükellef bulunduğu fiili icra için evvelâ fiilin vücude gelmesine ikdam eder. Haiz olduğu kudreti mümekkine ile haricî manileri izale ederek, veya izale edilebilir bir vaziyete sokarak fiilin vücude gelmesi için lüzumlu esbab ve vesaiti ihtiyar veya ihzar eyleyebilecek bir hale sokar. Artık vecibenin ifası için, lâzım gelen hazırlık yapılmıştır. Bundan sonra kudreti müessirenin tesiriyle, kudreti mümekkine vücudunü göstererek, fiil meydana gelmiş olur. Misal: Hac; Hal ve vakti, sıhhati yerinde olan bir kimse için bir vecibedir. Sıhhati yerinde bulunan, yani hacca kadar uzun bir seyahat yapmağa elverişli bir sıhhate malik olan ve bu seyahatı icraya elverişli vesaite, yani maddî imkânlara sahib bulunan kimse için, bu vecibenin ifasına hiç bir mani mevcut değil demektir. Binaenaleyh bu halde bulunan bir kimse, hac vecibesini eda için kudreti mümekkineyi haiz bir kimse olup, bu vecibeyi ifa ile mükelleftir.

Kudretin hukukî neticesi, kendisini ehliyette göstermektedir. Kâmil bir kudrete sahib olan kimse, kâmil bir ehliyet sahibi olup, nakıs kudret sahibi bulunan kimse de nakıs ehliyet sahibidir.

* * *

ŞER'Î VECİBE

ZİMMET

(De l'obligation)

İslâm fukahası mükellef bulunan müslümanın tahammül etmiş olduğu yüke (charge) ilmî bir tabir olarak zimmet ismini vermişlerdir. Zimmet kelimesiyle, inkişaf bakımından kendisine vaki tekliflerin

ağırlığına tahammül edebilecek bir halde bulunan kimsenin, yüklenmiş bulunduğu külfetleri anlamak lâzımdır. Binaenaleyh bir kimsenin zimmet, yani vecibe sahibi olabilmesi için, o zimmete tahammül edebilecek kudret ve kuvvete sahib olması; kuvvet ve kudreti haiz bir inkişaf çağında bulunması lâzımdır. Zimmetin salâhiyet ve ehliyetin muhtelif derecelerindeki mevcudiyetini, yukarıki bahislerde görmüşdük. İnsanın tedricî bir surette vukua gelen bu inkişaf merhaleleri, zimmet ile o derece irtibat halindedir ki, inkişaf merhalesinin tam kemal noktası, adeta zimmeti vücude getiren bir netice gibidir. Binaenaleyh zimmet, vecibenin insana tahmil etmiş bulunduğu ağırlığa tahammül edebilecek kudreti haiz bulunan ferdin; bu vecibeye tehammül edebilmesi ve bu vazifeyi ifa edebilmesidir. Bu hususta, fazla izahat için birinci cildin nazarî malûmat kısmına müracaat edilmek lâzımdır.

* * *

EHLİYETİ TENKİS VE MESULİYETİ TAHFİF EDEN HALLER

İnsan hayatının muhtelif devirlerinde öyle haller zuhur edebilir ki, ferdin kâmil bir insan gibi hareket etmesine mani teşkil ederek, insanın salâhiyet ve ehliyetini zaafa uğratır. Bu hallerde insan, gerek vecibelerini ifa bakımından ve gerekse haklarını istimal noktasından kâmil bir insanın bu vecibe ve hakları istimaline nazaran, kanun nazarında daha az salâhiyetli telâkki edilir.

Bu hallerin neler olduğunu birinci cildde izah etmişdik. Burada bu halleri tekrar ve fakat vücude getirmiş bulundukları hukukî neticeler bakımından tetkik edeceğiz.

Muhtasar bir surette yazılmış bulunan ekseri usul kitabları bu halleri iki kısımda mütalâa etmekte iseler de, biz bahsi daha iyi izah etmiş olmak için, mufassal bir taksime tabi tutarak mütalâa edeceğiz. Filhakika insanı noksan ehliyet sahibi yapan bu hallerin mahiyeti tetkik edilecek olursa, bu noksanların bir kısmının insan iradesi haricinde olarak zuhura geldikleri ve diğer bir kısmının ise, gerek tamamiyle ve gerekse kısmen insan iradesine bağlı bulundukları görülmektedir. Üçüncü bir kısmı daha vardır ki, bunlar da ahar kim-

selerin insan üzerinde vaki fiilleri neticesi olarak vücut bulmaktadırlar. Ehliyete nakise veren bu hallerin dördüncü bir kısmı da vardır ki, kadın ve erkek bütün insanların hayat devrelerinin bir neticesi, veya yalnız kadınların geçirmek mecburiyetinde bulundukları muayyen devrelerine ait bulunmaktadırlar. Binaenaleyh ehliyeti tenkis eden halleri biz burada dört büyük kısımda mütalâa edecek, böylelikle ehliyetin azaldığını veya mesuliyetin hafiflediği halleri esaslı bir surette tetkik etmiş olacağız.

Birinci kısım haller şunlardır.

1 — Cinnet, 2 — Sağırlık veya diğer hislerin zail olması, 3 — Hafızanın zaafı (zafü'l-hafıza), 4 — Uyku (nevm), 5 — Sara, 6 — Hastalık (maraz), 7 — Hata.

ikinci kısmı muhtevi bulunan nakiseler şunlardır:

1 — Cehalet, 2 — Sarhoşluk (Sekir), 3 — Hafiflik (Hezel), 4 — Sefahet, 5 — Sefer.

Üçüncü kısım ise şunları muhtevidir:

1 — Kölelik (Rikkiyet), 2 — İkrah.

Dördüncü kısım ise şunlardır.

1 — Küçüklük (Siğariyet), 2 — Ateh, 3 — Kadınların adet günü (Hayız).

Arap fukahası ehliyeti tenkis eden bu hallere afât demekte ve yukarda da işaret ettiğimiz gibi, iki kısma ayırarak mütalâa etmektedirler ki, şunlardır:

1 — Semavî afetler (Âfâtı semaviye). Bunlar öyle afetlerdir ki, İslâm hukukçuları bu kabil âfetleri münhasıran Allahtan gelmiş olarak telâkki etmekte, bu âfetlerin husulü hususunda kulun hiç bir dahl ve tesiri bulunmadığını kabul eylemektedirler. Sağırlık, hafızanın zaafı, uyku, sara, hastalık, hata, cinnet ile küçüklük, ateh ve hayız halleri semavî afetler cümlesinden bulunmaktadır.

2 — Müktesep âfetler (Âfâtı müktesebe). İnsanın kendi iradesinin iştirakiyle vücude gelmelerine, sebebiyet vermiş olduğu âfetler. Bunlar da; cehalet, sarhoşluk, hafiflik (hezel), sefahet, sefer, kölelik ve ikrah hallerini muhtevi bulunmaktadır.

Âfetler başka bir noktayı nazardan da şu suretle taksim edilmektedirler:

1 — Mevcut beş hissimize (havassı hamse) müessir bulunan âfetler.

2 — Beşer vücudunun beş histen gayri noktalarında kendilerini gösteren âfetler.

Bu taksim tarzı, bizce noksan bulunmaktadır. Zira, beş hisse ait âfetler, bu hislerden her hangi birisinin vazife ifa edememesi, veya ifa edeceği vazifenin zaafa uğraması suretiyle husul bulmaktadır. Bu beş hisse ait arızalar haricindeki afetler ise, münhasıran vücudun, vücude getirmiş olduğu afetler olmayıp, yaş dolayısiyle veya vücude arız olmuş bir hastalık neticesi olarak vücut bulmakta olup, hukukî neticeleri hastalığın vücut bulduğu ve vazifeden menettiği uzvu alâkalandırmaktadır. Bilfarz koltuk değnekleriyle yürümek mecburiyetinde bulunan bir kimse, yatıp kalkmayı istilzam eden, namaz farizasını eda edemez. Kezalik, iki kolundan mahrum veya iki bacağı mevcut olmayan bir kimse de, abdest alabilmek iktidarından mahrumdur. Binaenaleyh görülüyor ki bu taksimde olduğu gibi, vücude arız olan her hastalık; derecesine ve zaafın mevcudiyetine göre, hukukî netice tevlit etmektedir.

Muhtelif tarz, taksimleri işaret ettikten sonra, bu hususları tetkik için yukarda verdiğimiz ve tarafımızdan icra olunduğunu söylediğimiz taksimi esas tutarak âfetleri dört kısım üzerinde incelemeye başlayacağız. Zira bu taksimin, ehliyeti ziya hususunu daha kolaylıkla izah edeceğini ve hukukî neticelerini daha vazıh bir surette anlatacağını zannetmekteyiz.

* * *

1 — CİNNET

(aliénation mentale)

Aklın; ferdin kanunun cevaz verdiği hududlar haricine çıktığını idrak edemeyecek derecede, mefkudiyeti veya zaaf derecesinde bulunması halidir.

Cinnetin hukukî neticeleri şunlardır:

A — Mecnunun akid ve muamele icrası tamamiyle memnudur. Bir akdin icrası veya şahadet müessesesi gibi, bir vaziyeti hukukiye ih-

dası için sarfedeceği sözlerin kanunî hiç bir kıymeti mevcut değildir. Ancak bu hususun bazı istisnaları vardır ki, onlar da şunlardır: Mecnunun bir cürmü ihbar etmesi, veyahut işlenmiş olan bir cürmün detillerini göstermesi hususuna ehemmiyet atfedilir. Filvaki bu hususta sarfedeceği sözler, bir delil mahiyetini iktisap etmez ise de, cürmün izlerini göstermek için sarfettiği sözlere, ehemmiyet atfedilerek cürmün taharrisi için bu sözler üzerine harekete geçilir.

B — Mecnun sebebiyet verdiği zararların tazmini hususunda hukukan tamamiyle mesul bulunmaktadır. Hak sahipleri, zararlarını mecnunun serveti üzerinden istifa ederler.

C — Mecnun hiç bir cezaî hüküm ile muatep değildir. Ancak, gerek kendi selâmeti ve gerekse cemiyetin huzuru bakımından tecrit edilerek bir yere kapatılması emri ilâhî iktizasındadır. Kefaret hükmü ile de mesul değildir. Emvalini amme menfaatı, veya dini gayeler dolayısiyle vakfedemeyeceği gibi, sadaka şeklinde de tevzi edemez.

D — Mecnun şuuruna malik bulunmadığı için îman gibi hüsne ait ve küfür gibi kubhe müteallik hususlarda yakınlarının veya vasisinin tabiiyeti altında telâkki olunmaktadır.

* * *

2 — SAĞIRLIK (SAMEM)

(La surdité)

Doğuşundan sağır olarak doğanlar ekseriya, aynı zamanda dilsiz de olurlar. Her ikisi de ferdi hak ve vecibelerini ifaya ehil olmaktan çıkarmaktadır. Doğuşunda dilsiz ve sağır olarak doğanlar hak ve vecibelerini, bir vasinin himayesi altında ve onun vasıtasiyle ifa edebilirler. Sağır ve dilsizler nikâh akdini icra edebilirler. Ancak kadının bu izdivaç dolayısiyle iktisap etmiş bulunduğu hakların, sağır ve dilsizin servetinden vasi marifetiyle tahtı temine alınmış olması şarttır.

İşitme hassasından gayri diğer dört hassanın ziyaı, veya zaafa uğramalarınında, vecibelerinin ifasında hafifletici sebebleri muhtevi bulunduğunu yukarda işaret etmişdik. Misal: İki gözü görmeyen bir kimsenin rüyete müstenit şahadeti kabul edilemez. Başkalarının tarifi üzerine vaki şahadeti ise adalet nazarında kâfi addolunarak her hangi

bir karine teşkili mahiyetini haiz değildir. Bilfarz bir körün, bir kavgaya dair şahadette bulunarak falan kimsenin o işte maznun bulunduğunu sesinden anlamış olduğu yolundaki şahadeti, o kimseye hiç bir töhmek izafe edemez. Fakat ayni körün bir satış muamelesi dolayısiyle satılan nesnenin gül yağı kokusunu mutevi bulunduğu yolundaki şahadeti, tamamiyle bir delil teşkil edebilir.

* * *

3 — HAFIZA ZA'FI (ZÜ'FÜ'L-HAFIZA)

(Faiblaisse de mémoire)

Tifüs gibi, mühlik hastalıklar neticesi hafızanın zaafa uğraması veya büsbütün vazife ifa edememesi halidir. Hafızasını kaybetmiş veya bulunduğu muhitte o suretle tanınmış olan kimse, iki türlü vecibenin ifasından muaf kılınmaktadır. A — Tamamiyle hakkullah olan vecibelerin tam zaman ve miadında ifasından muafdır. Muayyen olan zamanlarda namazın edası vecibesi gibi. B — Muayyen bir zamanda edası mecburî bulunan bazı taahhütlerin o zaman içerisinde edasından muaftır. Bilfarz muayyen bir zamanda ödemekte bulunduğu bir borcun edası için, muayyen mehil geçtikten sonra ödenmesi hali gibi. Bu gibi hallerde alacaklı olan kimselerin, mehilin yaklaşmasından çok az önce, hafızasını kaybetmiş olan kimseyi haberdar etmedikleri takdirde, borcun mehili içerisinde ödenmemesinden dolayı vücude gelecek zarar ve ziyan, malûl bulunan borçluya izafe edilemez. Misal: Bir kimse muayyen bir zamanda ödemek şartı ile bir kimseden rehin mukabili bir borç almış olsa, muayyen zamanda borcun ödenmemesi hali, rehnin mürtehinin mülkiyeti altına geçmesi hukukî neticesini tevlit eder. İmdi; malını rehin ederek borç para alan bir kimse, borcu almasını müteakip (hafızasını kaybetme) hastalığına müptelâ olarak bu hastalık dolayısiyle muayyen olan tediye gününü geçirmiş bulunsa. tediye anına takaddüm eden kısa bir zaman zarfında bu hal kendisine hatırlatılmamış ise; mürtehin rehnin maliki olamaz. Yani malını rehine koymuş olan mahlûl rehin üzerindeki haklarını kaybetmez.

* * *

4 — UYKU (NEVM)

(Le sommeil)

Vücudun kaybetmiş olduğu kuvvetleri tekrar iktisap etmesi için elzem bulunan istirahat satlerinde uyunan uyku bahis mevzuudur. İnsanlar, umumiyetle uyku saatlerini günün muayyen bir zamanına hasretmiş bulunmaktadırlar. Bu suretle istirahat maksadiyle uykuya dalmış bulunan kimse, iki türlü vecibeden muaftır.

A — O anda, yani uykuda bulunduğu esnada yapılması meçburî bulunan vecibe ve taahhütlerin ifasından muaftır. (Teacili tediyei hukuk). Misal: Bir kimse yorgunluğu hasebiyle derin bir uykuya dalmış ve uyandırılmamış bulunduğu esnada namaz vaktini geçirmiş veya ifasına mecbur bulunduğu bir vecibenin mehilini tecavüz etmiş olsa, namazını bilâhare kaza suretiyle eda edebileceği gibi, mehilin tecavüzü dolayısiyle de hiç bir suretle tazminat itasına mahkûm edilemez. Bu teehhür dolayısiyle ne bu dünyada ne de ahirette hiç bir itaba müstahak olmaz. Ancak her hangi bir şeyi beklemek vazifesini üzerine alan kimsenin tedbirsizliği neticesi olarak uyuya kalarak vazifesini ifa edememiş olması hali, bu kaidenin istisnasını teşkil etmektedir. Bu halde üzerine aldığı vazifenin ifa edilememesi dolayısiyle şahsın veya cemiyetin aleyhine hasıl olacak zarardan o kimse, mesuldür.

B — Uykuda bulunan kimse uyku esnasında sarfetmiş bulunduğu her hangi bir taahhüt veya akdi vücude getirecek olan inşaî sözlerden mesul değildir. Bilfarz uyku esnasında karısını boşadığını, veya kölesini azad ettiğini söyleyen bir kimsenin bu sözleri hiç bir hukukî netice tevlit etmemektedir. Kezalik uyku esnasında vaki bir borcun ikrarı, veya bir cürmün failinin kendisi olduğu yolundaki beyanların ancak bir karine olarak ele alınması, ve inceden inceye bir tahkike tabi tutulması lâzımdır. Bu karinenin tahakkuku neticesinde o kimsenin borçlu olduğu veya cürmün faili bulunduğu anlaşılırsa, ancak o zaman mesuliyeti cihetine gidilebilir.

* * *

5 — SAR'A

(Epilepsie)

Bir takım ihtilâçlar altında şuur veya idrakini muvakkaten kay-

beden kimsenin hali; sar'a halidir. Şu suretle mesuliyetten muaf bulunmaktadır:

Sar'a nöbeti esnasında gerek hukukullah ve gerek kul hakkını alâkalandıracak şekilde sarfetmiş bulunduğu sözlerin hukukî hiç bir kıymeti yoktur. Adeta bu sözler söylenmemiş gibidir. Bu halde bulunan bir kimsenin icap ve kabule, ikrara, nezre, vakfa, vasiyete müteddair sözlerinin bir kıymeti mevcut bulunmadığı gibi, namuslu bir kadının iffetine tecavüz cürmünü teşkil eden ve ağır bir cezayı müstelzim bulunan kazif fiilini vücude getiren sözleri de kanun nazarında bir kıymet ifade etmemekte, hiç bir cezayı istilzam eylememektedir.

* * *

6 — HASTALIK (MARAZ)

(Maladie)

Hastalık; sıhhatin hakikî bir şekilde tagayyür etmesi halidir. Gerek ölümü intaç etsin ve gerekse etmesin, her halde tamamiyle hukukullah olan vecibelerin ifasında ruhsatı ihtiva etmektedir.

Hastalık iki nev'e ayrılmaktadır.

A — Ölüme muttasıl bulunan hastalık.

B — Ölüme ittisali bulunmayan hastalık. Bu nevi hastalık muvakkaten inkita ederek hastanın sıhhate avdetini sağlayan hastalıktır. Binaenaleyh bu suretle, iki hastalık yekdiğerini takip edip te ikinci hastalık ölümü intaç ettiği takdirde bu iki hastalık arasında uzun veya kısa devreli bir sıhhat devresi bulunup bulunmadığını tesbit etmek iktiza eder.

Ölümü intaç eden hastalık (marazı mevt). Böyle bir hastalığa tutulan kimsenin mahrum kaldığı haklar dört nevi üzerinde mütalâa olunabilir:

A — Böyle bir hastalığa müptelâ olan kimse, mülkiyet hakkının müdahaleden âzade bulunması keyfiyetini kaybeder. Başka bir deyimle ölümü intaç edecek olan hastalığa yakalanan kimse üzerinde hak sahibi bulunanlar, hastanın menafiini alâkadar eden hususlarla iştigal

edebilmek, bu hususa müdahale eyleyebilmek hakkını kanunen ihraz edebilirler. Hak sahiplerinin bu müdahaleleri neticesi olarak, hacir keyfiyeti vücut bulur. Hak sahibi olanlar, verese ile hastadan alacağı bulunanlardır ki, bunlar bilâhare hastanın vefatı ile terekenin taksimine iştirak edip, gurema'dan hisse alacaklardır. Ölümü intaç eden hastalığın hastanın mülkiyet kudret ve ehliyetini zaafa uğratmış olduğu andan itibaren; alâkadar olan bu kimseler harekete geçmek hakkını kazanmış olurlar. İslâm Hukuku bu suretle, kudret ve ehliyeti zaafa uğramış olan bir hastanın kudret ve ehliyetinin, bilâhare o emvale tevarüs edecek olan kimselerle takviye edilmesini göz önünde bulundurmuş bulunmaktadır.

Alâkalı kimselerin müdahale hakkı böyle bir hastalığın zuhuru ile vücut bulmuş olur. Filhakika hukukî bir kaideye göre, muayyen bir müddet için devam etmekte olan hukukî bir vaziyetin, temadiyi tevlit eden vasfın bu temadinin sebebini teşkil etmesi şartı ile, mebdeine ircaı lâzım gelmektedir. Nitekim, bir hastalığın şifa bulmama vasfı, hastalığın ister başlarında ister sonlarına doğru belli olmuş olsun, bu vasfın temadinin sebebini teşkil ettiğine göre, hastalığın başındanberi o hastanın ölümü intaç eden bir hastalığa maruz kaldığı şeklinde telâkki edilmektedir. Esasen hastalık ölümü intaç edecek bir vaziyette bulunmamış olsa idi, muayyen bir müddet zarfında şifa bulması lâzım gelirdi. İşte bu hukukî kaideye binaendir ki, böyle bir hastalığa maruz olan kimsenin, kendi kendisine, emvalini idare edebilmek hakkı kanun nazarında hastalığın zuhuru ile ziyaa uğramış bulunmaktadır. Hastalığın ölümü intaç edeceği, hastalık derecesinin hangi devresinde anlaşılırsa anlaşılsın, derhal makabline irca edilerek hastanın hastalığı tezahürü başlangıcından itibaren, haklarından mahrum olduğuna hükmedilir. Yalnız, yeter ki hasta, bu devir esnasında sıhhatinde bir salâh eseri göstererek doktorlar bu salâh dolayısiyle hastanın salâhiyetlerinin tahdidine lüzum göstermemiş bulunsunlar.

Böyle bir hastalığa yakalanmış olan kimsenin emvali üzerinde veresedeh gayri üçüncü şahısların müdahalesi derecesi, hastanın vaziyetine bağlıdır. Hastanın malları borçlarını karşılamayacak bir derecede (müstağrakı bi'd-deyn) ise hastanın ihtiyacına yetecek miktardan maada kâffei emvali üzerinde, müdahale hakkına maliktirler. Aksi takdirde, yani hastanın borçları mallarından az bulunduğu halde, ancak

hastanın borçlarına yetecek miktar emvali üzerinde bu hakka sahib bulunurlar.

Hastanın varisleri ise, emvalinin üçte ikisi üzerinde müdahele hakkını haiz bulunmaktadırlar. Ancak bu halde hastanın ölümüne kadar olan iaşe, iskân hekim parası, mihir gibi zarurî ihtiyaçlarını temin ile mükelleftirler. Bütün bu masraflar veresenin müdahalede bulunmuş oldukları hastanın üçte iki nisbetindeki serveti üzerinden tediye edilmek lâzımdır. Zira kanun hastanın üçte bir servetini ölümüne kadar vaki olacak borçları tediye edebilmesi için, müdahaleden azade bulundurmaktadır.

Hastanın ölümü intaç eder bir hastalık bulunduğu hususu tecrübeli dirayetli hekimlerin (hüzzak) beyanları suretiyle taayyün eder.

Hastalığın ölümü intaç edeceği kat'î bir surette taayyün etmeyerek şüpheli bir hal arzederse, hastanın emvaline müdahale edilemez. Edilmiş olsa bile kanunî bir kıymeti haiz olmaz.

B — Hastanın şuf'a, lukata (bulunmuş şey) ve gasıptan mütevellit hakları müstesna olmak üzere, beyi, icar, ilâh.... gibi muameleleri batıl addedilebilir. Yani böyle bir hastalığa yakalanmış olan kimse tarafından yapılmış olan bu kabil muameleler, hukukî bir hüküm ifade etmezler. Ancak hastanın sahib bulunduğu şüf'a hakkı, yani ittisalindeki komşunun satacağı mülk üzerinde, diğer müşterilere tercihan kendisinin satın almak hakkı ile, cebir veya hile ile kendisinden nezedilmiş bulunan hukuk üzerindeki hakları, ve bulunmuş bir eşya üzerinde mevcut olup ölümüne kadar devam ederek ölümünde veresesine intikal edecek olan hakkı, mahfuz bulunmaktadır.

Hastadan alacaklı bulunan kimselerle, hastanın veresesi arzu ettikleri anda ölümü intaç edecek bir hastalıkla maluî bulunan kimsenin yukarda zikrettiğimiz muamelelerine nihayet verebilirler, Hastanın bu kabil, rehin, hibe, beyi gibi muamelelere müteallik hususat, bu hususta müdahale hakkını haiz olan kimselerin talebiyle, batıl addedilirler. Ancak, hastanın bu kabil muamelâtında emvalinin üçte birine sarî olan kısım, yani hastanın mallarının üçte biri için yapmış bulunduğu bu gibi muamelât sahihdir; iptal edilemezler. Yeter ki, bu üçte bir kısım için yapılmış olan muamelâtta fahiş bir zarar (gabni fahiş), hile (tağrir) ve faidei zaide mevcut bulunmasın. Kezalik hastanın has-

talık esnasında, bilfarz yapmış bulunduğu bir beyi akdindeki fiatı gerek verese ve gerekse alacaklılar uygun bularak kabul ettikleri takdirde, bu akit te batıl addedilmez.

C — Hastanın talâk, borç ikrarı, ve köle azadı gibi muameleleri; üçte bir servetini tecavüz etmiş olsa dahi, batıl olmayıp mer'î ve muteber bulunmaktadır.

D — Ölümü intaç edecek bir hastalıkla malûl olan bir kimse, veraset hakkını haiz akrabasından birisi lehine vasiyette bulunamaz. Bu kaide mutlak olup, hastanın istediği gibi tasarruf edebileceği üçte bir serveti de dahildir. Vasiyette bulunamaması keyfiyeti, emvalinin heyeti umumiyesine şamildir. Binaenaleyh böyle bir hastalıkla malûl olan kimsenin veraset hakkını haiz kimseler lehine yapmış olduğu hibe, beyi, borç ikrarı gibi bilumum muamelâtı batıl bulunmaktadır.

* * *

Ölümü intaç edecek (marazı mevt) bir hastalıkla malûl bulunan bir kimsenin muhafaza etmekte bulunduğu haklar, dört nevi üzerine mütalâa edilebilir:

1 — Nesebin ibkası hakkı. Bu hak bir aile teşkiline mütedair olup, bunun neticesi olarak hastanın evli bulunduğu kadına mihri mislini verebilmesi hakkı da mahfuz bulunmaktadır.

2 — Hasta muavenete muhtaç bir kimse ise, kanunen yakınlarından istîfa etmesi hakkı bulunan iaşesine mütedair yardımlar.

3 — Borçlarına dahil olmamak ve veraset hakkını haiz yakınları lehine istimal edilmemek şartiyle, servetinin üçte biri üzerinde yapacağı tasarruflar.

4 — Hacirden evvel bilfiil ahara tefviz etmiş olduğu mallardaki hakkının devam ve temadisi. Bu suretle iktisap edilmiş haklar, hastanın ölümüne kadar tevdi edilmiş olan kimsenin hukuku dahilinde kalmaktadır. Bütün bu kaideleri zikrettikten sonra şurasını da ilâve etmek lâzım gelir ki, hastanın üzerinde tasarruf edebilereği üçte bir serveti de kanunun gösterdiği lüzum halinde, bilfarz hastanın israf ve tebziri halinde, hacir altına alınabilir.

Kanunun ölümü intaç edebilecek bir hastalıkla malûl bulunan kimsede mahfuz tuttuğu emvalinin üçte bir kısmı üzerindeki tasarruf hakkı; istimal şekli itibariyle üç suretle tezahür göstermektedir.

1 — Arap hukukçularının sıla hakkı dedikleri hak. Bu hak, bir kimsenin emvalinden her hangi bir şeyi, hiç bir bedel ve menfaat mukabilinde olmayarak (bilâ ivaz) bir hayır maksadı veya dinî bir maksad uğrunda terk ve tevdi edebilmesi hakkıdır. Hibe, miras hakkı bulunmayan uzak akrabalara yapılacak, tasadduk gibi.

2 — Ramazanlarda verilmesi lüzumlu bulunan fıtır sadakası.

3 — Veraset hakkını haiz akrabalarından gayrisine emvalinin, üçte birine münhasır olmak üzere, yapacağı vasiyet hakkı.

Bu üç suret haricinde hasta emvalinin üçte biri hakkında hacir altına alınabilir.

* * *

İslâm hukukçularının diğer bir kısmı da hastalığın hukukî neticelerini başka bir şekilde tasnife tabi tutmaktadırlar. Bunların tasniflerine göre, bu neticeler altı şekilde mütalâa olunmaktadır.

1 — Ölümü intaç eden hastalıkla malûl bulunan kimse dinî vazifelerini ancak iktidarının yetebildiği kadar ifa ile mükelleftir.

2 — **Nihayet** ölümü intaç eyleyen bir hastalığa müptelâ kimsenin ehliyeti zayıflar, hakları azalarak mallarını idare kabiliyeti zaafa uğrar.

3 — Mülkiyeti dolayısiyle icra ettiği akidler iptal olunabilir. Hibe ve beyi gibi. Hastalık esnasında icra etmiş olduğu akidler, mirasda hakkı bulunan kimseler tarafından itiraz olunmadığı takdirde, hukukî kıymeti haizdirler. Ancak bu kimseler, arzu ettikleri takdirde, hastanın icra etmiş bulunduğu bu akidleri iptal ettirebilirler.

4 — Hastanın borç ikrarı, talâk ve köle azad etme gibi, muameleleri muteberdir. Ölümden sonra icra kabiliyetini haiz olurlar. Yani bu suretle hasta olan bir kimsenin kölesine (seni azad ettim) demesiyle köle o anda azad olmayıp, azad olma keyfiyeti ancak ölümü müteakip husul bulur. Kezalik; ayni hastanın karısına (seni üç talâk ile boşadım) demesinde de keyfiyet böyledir. Zira ölümü intaç edecek olan hastalıkla malûl bir kimsenin bu kabil muamelâtı, vasiyete müşabih telâkki olunmaktadır. Vasiyet bir kimsenin öldükten sonra, servetinin şu veya bu yolda kullanılması yolundaki arzusundan ibarettir. Vasiyete ait hükümler ise, daima vasiyet eden kimsenin ölümünden sonra, tatbik sahasına konulur.

5 — Hastanın gerek Allah hakkına ve gerekse kul hakkına ait bu-

lunsun, dinî işlere müteallik işleri, emvalinin üçte birisine ait olmak üzere, mer'î ve muteberdir. Servetin üçte birinden ziyadesi için vaki olacak vasiyetin kıymeti mevcut değildir. Üçte biri hakkındaki tasarrufun muteber olması (Allah size nimetler ihsan etti. Şu sebeble ki, bu nimetlerin üçte biri ile sevap teşkil eden amellerinizi çoğaltabilesiniz.) mealindeki ayeti kerimeye istinat etmektedir.

6 — Bu suretle hastalığa maruz bulunan kimsenin, kendisinden miras hakkı bulunan yakın bir akrabası lehine sureten, manen, hakikaten veya şüpheli bir şekilde yapacağı bilumum vasiyetlerin hiç bir hukukî kıymetleri mevcut değildir. Sureta vasiyet diğer mirasçıların gıyabında, hastanın bir malını miras hakkı bulunan yakın akrabası lehine satmış olması demektir. Bu satış lâyık bir bedelle yapılmış olsa dahi, kanunen sahih değildir. Diğer mirasçılar, satın alan mirasçıdan satın aldığı şeyin terekeye iadesini talep etmek hakkına sahibdirler. Manen vasiyet, lehine hareket edilmek istenilen akrabaya karşı, hasta tarafından bir borcun ikrarıdır. Kezalik böyle bir ikrar da muteber değildir. Hakikaten vasiyet, hastanın akrabası lehine hakikî bir vasiyeti şart etmesidir. Vasiyet edilen husus, hastanın tasarruf edebileceği üçte bire dahil olmuş olsa dahi, kanun böyle bir tasarrufa mirasçıların müdahale edebileceklerini ve binaenaleyh hükümsüz addettirebileceklerini kabul etmiştir.

Şüpheten vasiyet ise; hastanın lehine vasiyet edeceği akraba ile mal mübadelesi suretiyle vaki olur. Hasta, yep yeni bir malı akrabasına vererek onun yerine, ayni malın eskisini alır. Kanun böyle bir muameleyi de hükümsüz addetmektedir.

* * *

7 — HATA

(Erreur)

Yanlış bir tahmin neticesi olarak bilâteemmül, kastî olarak bir sözün inşası veya bir fiilin icrasına hata denir. Hata işleyen kimse, hak sahibi bulunduğuna kanidir. Bunun içindir ki, kanun nazarında Cenabı Hak tarafından mevzu hududları tecavüz etmiş sayılmaz. Esasen Cenabı Hak tarafından «Mevzu hudutlara yaklaşmayınız» mealindeki

ayeti celile de hakkı, haksızlıktan ayıran bu hududları müntehasına kadar gidildiği takdirde; hataya düşülerek doğru yoldan ayrılmış olunabileceğini göstermektedir. Mümin olan kimsenin bu hududların müntehasına kadar gitmiş olması caiz değildir. İşte İslâm Hukukunda hata, bu esaslı kaideye istinat etmiş bulunmaktadır ki, (hakkın aksası, haksızlığın aksasıdır - Summum jus summa injuria) yolundaki lâtin vecizesine müşabih bulunmaktadır. Ayeti kerimenin meali daha umumîdir. Haklarını istimal eden hususî şahısların istimal keyfiyeti esnasında hata suretiyle hududu aşarak, hakları olmayan bir şeye tesahüp etmeleri de bu meale uygun bulunmaktadır.

İslâm Hukukunda hata; insanın müktesep olan âfetleri meyanına kabul edilmiştir. Bunun sebebi başka bir lâtin vecizesinin ifade ettiği (hata, beşere mahsustur - errare humanum est) kaidei umumîyesidir. İslâm feylezofları hatayı; beşerin gayri müfariki olarak telâkki etmekte ve bunun için hafifletici bir sebeb olarak kabul eylemektedirler. Ancak hatanın, hatayı işleyen kimsenin bu hatayı tamamiyle samimî bir şekilde icra ettiğinin mutlak bir şekilde sübuta varmasını şart koşmaktadırlar.

Hata ne kadar samimî bir şekilde icra edilirse edilsin, islâmiyetin esasını teşkil eden inançlara müteallik bulunduğu takdirde, kat'iyyen kabule şayan değildir. Ancak; namaz, oruç gibi; tatbik sahalarında hafifletici bir sebeb teşkil edebilirler. Misal: Ne kadar samimî olursa olsun bir müslimin Allahın birliğini veya Hazreti Peygamberin Allahın Resulü bulunduğunu, hata yolu ile inkâr etmesi hiç bir şekil ve suretle kabul edilemez. Yanlış bir manaya gelen bir kelimenin telâffuzu suretiyle böyle bir hataya düşebilir. Fakat derhal hatasını anlar anlamaz tashih etmesi, hakikî maksadının böyle bir kelime olmadığını izah etmiş bulunması lâzımdır. Fakat abdest alırken bir uzvunu hata ile yıkamayan, veya namaz kılarken bir rekâtı hata ile unutan kimsenin vaziyeti böyle değildir. İçtimaî hayatta ise, hemcinslerinin zararına hataen işlenmiş olan fiiller hukukî neticeler tevlit etmektedir ki, kanun vazıı bu neticeleri inceden inceye tesbit ve tarif etmiş bulunmaktadır.

* * *

Yukarda arzettiğimiz taksime göre, müktesep âfetlerin ikinci kısmı ise şunlardır:

1 — CEHALET

(İgnorance)

İdrak sahibi bir kimsenin öğrenebilmek kabiliyetini haiz bulunduğu bir hususu, bilmek mecburiyetinde olduğu halde, bilmemeye cehalet denir. Cehalet iki nev'e ayrılmaktadır.

1 — Mürekkep cehalet: Menbaların bildirmiş oldukları malûmatı, yani (esbabı ilmi) bilmemek, veya bu malûmatı aksi olarak bilmektir. Ayni zamanda bilmediğini bilmemek veya bildiğinin yanlış ve hatalı olduğuna da ihtimal vermemektir. Bunun için de mürekkep cehil halinde bulunan kimse, bilmediğini bilmemesi veya bildiği hususun hata olduğuna ihtimal vermemesi dolayısiyle, içinde bulunduğu cehaletten bir türlü kendisini kurtaramaz.

İnsanları mevcudat ve mücerredat (abstraction) hakkında bilgi sahibi yapmaya yarayan yollar; yani, esbabı ilim ile menbalar üçtür.

A — Beş his. Her türlü noksanlardan berî olmak üzere, beş hissimizin idrak etmiş olduğu malûmat; bu vasıtalarla idrak ettiğimiz bilgileri teşkil ederler.

B — Aklı selim. Beşerî aklın idrak ettiği bilgilerdir. Yalnız bu bilgilere, muhayyelenin ilâve ettiği hususlar; beşerî aklı dalâlete düşüren unsurların karışmamış, münhasıran (akıl) çerçevesinin hududu içinde kalmış olmaları lâzımdır. Ancak o zamandır ki, bu bilgiler, (aklı selime müstenit) bilgiler mahiyetini almış olurlar.

C — Tevatür hainde intikal ettirilmiş bulunan Sünneti Peygamberî ile Kelâmullahın bildirmiş olduğu bilgiler.

Bu üç menbadan yani beş his, aklı selim, ve kelâm ile Sünneti Peygamberîden gelen ilimlerin aksi olan bilgilere; ilim mahiyeti vererek inanmamak lâzımdır. Buna inanan, ve hakikatı öğrenmek için taharride bulunmayarak bildiğinin doğru olduğuna kani olan kimse (mürekkep cahildir). Daha hususî bir manada cehalet, hakikî dinin malûmatı esasiyesini öğrenmemekte teannüt ederek, körü körüne hakikatlere göz kapamakta israr etmektir.

Hakikate aykırı olan hususlara itikat ederek, bu itikadında hakikatin kendi bildiği olduğunu iddia etmekte israr eden kimsenin cehaleti, kabili'af değildir. Zira isteyerek ve bilerek cehalette israr etmek-

tedir. Hele bu cehalet Allahın birliğine ait hususa taallûk ettiği takdirde, sahibi ayni zamanda mücrimdir. Zira açık bulunan bir hakikati, idrak etmemekte, israr eylemektedir. Şu neticeye göre, bütün putperestlerle müşrikler mürekkep cehalet sahibi bulunmaktadırlar.

Cahillere tatbik olunacak kanunî hükümler ikidir:

1 — Eski şeriatlardan alınarak islâmîleştirilmiş bulunan hükümlerle, Muhammedî dininin tekâmülü neticesinde vücut bulan hükümler, hukukullahı alâkadar etmek şartiyle cahillere, yani müslüman olmayanlara tatbik edilmez. Misal: Şarap içen müslümanlar bu fiili işlemeleri neticesi ceza ile muatep olurlar. Halbuki men edildiği tarihe kadar, müslümanlar için de mübah idi. İmdi; şarabın memnuiyetini istilzam eden esbabı mucibeye göre, bu hususa mütedair ceza, cahillere yani müslüman olmayanlara tatbik edilemez.

2 — Kelâmullaha müstenit olarak bazı eşyanın istimaline veya bazı ef'alin icrasına mütedair hükümler, cahiller yani gayri müslümler hakkında tatbik olunmaz. Misal: Domuz etinin yenmesi, alınması, satılması Kelâmullaha müsteniden haram kılınmıştır. Bu hükmün gayri müslümler hakkında tatbikine lüzum yoktur.

Mürekkep cehalet halinde bulunan bir müslümanın cehaleti esasatı diniyeye müteallik bulunduğu takdirde, o kimse en ağır cezalara muatep bulunmaktadır. Zira kendisini îmana sevkedecek yolların cümlesi, bu kimse için kapanmış bulunmaktadır. Cehalet tatbikatı diniyeye taallûk ettiği takdirde, o kimse bulunduğu hal içinde terk edilir. Cehalet dünya umuruna taallûk ettiği takdirde, bu kimsenin hali aklen malûl bulunan kimsenin haline müşabih addedilir. Cehaleti dolayısiyle aharın zararını mucip olacak hareketlerinden dolayı, aklen malûl bulunan kimsenin tabi bulunduğu muameleye tabi tutulur.

2 — Basit cehalet. Mürekkep cehalette olduğu gibi, yukarda zikrolunan (esbabı ilme) aykırı olmayıp ta; hadisata muhalif malûmat sahibi bulunan kimselerin cehaletine basit cehalet denir. Kürrei arzın kâinatın merkezi bulunduğuna inanmak gibi. Basit cehaletin hukukî neticeleri şunlardır:

A — Basit cehalet mazeret sebebi sayılamaz. Herkesin hakikatı öğrenmesi ve bilmesi lâzımdır. Her ferd, hakikî ilmi öğrenmeğe saî olmalıdır. Binaenaleyh cehaleti dolayısiyle işlediği fiilden dolayı bir

kimse, (bilmiyorum) demek suretiyle kurtulamaz. Bilfarz Hazreti Peygamberin risaletini tanımayanların halleri gibi.

B — Basit cehalet sahibi olan kimse, kul hakkı addolunan bilumum kanun hükümlerine maruz bulunmaktadır.

C — Basit cehalet sahibi olan kimse şarap içmek, domuz eti veya ölmüş hayvan eti yemek gibi ef'ale mürettep ağır cezalara maruz değildir. Kezalik, zina cezası ile de, muatep değildir. Bir kelime ile söylemek istenilirse, basit cehalet sahibi olan kimse, münhasıran Allah hakkı olan cezalarla muatep bulunmamaktadır. Meşakkati (meunet) müstelzim bulunan öşür, zekât gibi hükümlerle de mesul değildir. Ancak kul hakkı ile Allah hakkının müştereken mevcut bulunduğu bilumum haklardan mesuldur. Bunun içindir ki, basit cahil haraç, afife bir kadının iffetini lekeyecek hakaret (kazif), katil, yağma, gibi suçların cezalariyle muatep bulunmaktadır.

* * *

2 — SARHOŞLUK (SEKR)

(L'ivresse)

Şarap ve emsali sarhoşluk verici maddelerin mideden dımağa intikali ile aklın muvazenesini, daimi surette olmayıp, muvakkaten tatil eylemesi ve böylelikle neşe içerisinde aklın gaflete düşmesi halidir.

Sarhoş bulunan kimsede akıl daimî bir şekilde zail olmuş değildir. Zevalin daimi olmaması keyfiyeti, o kimsenin vazifelerini ifa ehliyetini izale etmez. Sarhoşluk halinde bulunan kimsede zeval bulan husus: vazifelerini ifa edebilmek kudretinin muvakkaten zeval bulmasıdır. Bu hal (Sarhoş iken namaza yaklaşmayınız) ayeti kerimesiyle açık bir şekilde izah edilmiş bulunmaktadır. Sarhoşluğun hukukî neticeleri şunlardır:

1 — Sarhoşluk bir hastalık neticesi hekim tarafından verilmiş afyon veya susuzluk tehlikesi muvacehesinde münhasıran susuzluğu teskin maksadiyle cüz'i miktarda içilmiş şarap neticesi vücude gelmiş bulunduğu; tabiri diğerle kaçınılması muhal bulunan bir zaruret dolayısiyle vukua geldiği takdirde; sarhoş olan kimse hiç bir ceza ile muatep değildir.

2 — Sarhoşluk halinde yapılmış olan muamelât ve mukavelâtın hükmü yoktur.

3 — Sarhoşluk kanunî iktidarı tamamiyle zevale uğratmaz. Vazifelere tahammül salâhiyeti daima mevcuttur. Ancak bu vazifeleri ifa ehliyeti, sarhoşluğun devamı müddetinde tevakkuf etmektedir. Başka bir deyim ile, sarhoş kimsenin, sarhoşluk halinde söz ve fiilleri ile icra edeceği muamelâtın hukukî bir kıymeti mevcut değildir. Ancak; bu ef'al ve muamelât, sarhoşluk hali zail olup ta normal hale geldikten sonra tasdik ve teyit olunduğu takdirde, hükmü kanunî ifade ederler. Hatta din değiştirme (irtidat) da da hüküm böyledir. Sarhoşluk hali ile dinini terk ettiğini söyleyen kimse, sarhoşluktan ayıldıktan sonra bu sözünü tekrar etmediği takdirde, hiç bir ceza ile muatep olmamaktadır.

Sarhoşluk hastalık dolayısiyle vaki bir tedavi neticesi olduğu veya ölümden kurtulmak için (zarureti helâk) bir zaruret neticesi vuku bulduğu takdirde. sarhoş iken yapılmış bulunan talâk, köle azadı, sulh ve bir kelime ile ifade edilmek istenilirse; bilumum akidler muteber bulunmaktadır. Ancak, bütün bu akidlerin muteber olması için, akdi icra eden kimsenin sarhoşluk halinin zevalinden sonra da, bu muameleleri tasdik ve teyit eylemesi lâzımdır. Kanun bu suretle sarhoşluk halinde bulunan bir kimsenin akde müteallik sarfetmiş bulunduğu sözleri, bilâhare ayıldığı zaman ya tasdik veya inkâr etmesini amir bulunmaktadır.

Gök ile yeri yekdiğerinden fark edemeyecek veya kendi söylediği sözü dahi anlayamayacak derecede sarhoş olan kimsenin sarhoşluğu, ancak ceza müeyyidesi altında bulunmaktadır. İmamı Azamın fikri bu merkezdedir. Gerek müşarünileyhin talebeleri ve gerekse sair islâm hukukçuları. bu fikrin aleyhine bir reyde bulunmamışlardır.

* * *

3 — HAFİFLİK (HEZL)

(légèrete)

Hıffet ciddî bir gayeye matuf bulunmayan sözlerin sarfını itiyad edinmektir. Daha başka bir deyimle hıffet kelimeleri hakikî mâna-

ları ile değil, mizah ifade eden manalarını kastederek telâffuz eylemektir.

Hıffetin hukuki neticeleri şunlardır:

1 — Hıffet sahibi olan kimse, ne vezaifini tahammül salâhiyetini ve ne de vazifelerini ifa ehliyetini kaybetmez. Yani hıffet sahibi olan kimse, ferdi mesuliyete sevk eden salâhiyete, ehliyet unsurlarına malik bulunmaktadır.

2 — Hıffet, o kimseden bir işle meşgul olabilmek iradesini nez etmez. Hıffet ile melûf bulunan bir kimse, bizzat kendisi her hangi bir işi taahhüt edebileceği gibi, başkası hesabına da iş taahhüdünde bulunabilir. Bu husus için yapacağı bilumum muamelât kanun nazarında muteberdir. Böyle bir kimsenin iradesini ve temyiz kudretini men edebilecek hiç bir kuvvet yoktur. İrade, insanın bedenî ve zihnî kuvvetlerini tam bir mükemmeliyette istimal edebilmesi hassasıdır. İnsanı iyiyi kötüden temyize sevk eden kudret, irade kudretidir. İrade öyle bir kudrettir ki, onunla insan yapacağı veya yapamayacağı işi ölçüp biçerek, yapmağa, veya yapmamağa muktedir olur.

Araplar bir işin yapılıp veya yapılmaması için mevcut esbabı teemmül neticesi olarak, o işi yapıp veya yapmamağa karar vermeğe (amd) ıtlak etmektedirler. Verilen karardan sonra o işin icra safhasının ilk merhalesine ise mübaşeret demektedirler. Mübaşeret insanın, iyisini kötüsünü düşündükten sonra vermiş olduğu kararı müteakip, icra için sarfetmiş olduğu kuvvetin ilk anıdır. Bu safha, icrasına karar verilen hususun husule gelmesi için muktezi hazırlık safhasıdır ki, bu safhada ferd, yapacağı işi vücude getirecek esbabı hazırlamak, manileri izale etmek, lüzumlu alât ve edavatı tedarik etmekle iştigal eder. Bu ihzarî safhadan sonra yapılacak işin vücude gelmesi için sarfolunan kudret safhasına ise, tevekkül safhası denilmektedir. Yani; o işin icrası için lüzumlu her şey hazırlanmış; işin vücut bulması ancak, Allahın izin ve müsadesine kalmış demektir. Ferd, kararını vermiş, icra için lüzumlu vasıta ve tedbirleri ihzar etmiş, ve ondan sonra Allahın inayetine iltica ederek, asıl işi ifaya başlamıştır.

İşte hıffet sahibi kimsenin bu zikrettiğimiz iradesine, hiç bir nakise arız olamaz. Binaenaleyh kendi işleri için bir başkasını vekil tayin edebileceği gibi, kendisi de başka bir kimsenin vekili olabilir. Ne hâ-

kim, ne de tarafı diğer münhasıran o kimsenin hıffeti dolayısiyle, böyle bir vekâleti kabulden imtina edemezler.

3 — Hıffet sahibi kimse nikâh akdini icra edebilir. Kanun böyle bir kimsenin nikâh akdini icra için bir mani ihdas etmemiş bulunmaktadır.

4 — Hıffet ile melûf bulunan kimse her hangi bir akidde taraflardan birisini teşkil ettiği takdirde, kanunen lüzumlu olan beyanı, itiyadı üzerine müesses hafif kelimelerle yapılabilir. Yeter ki bu beyan akdin şeraiti sairesini ifsad eder mahiyette olmasın, ve akdin sair hususları kanuna tevafuk etmiş bulunsun. Misal: bir beyi akdinde bayi olan kimse, hıffet sahibi olsa da icabı yine o manayı veren bazı hafif kelimeler serdile beyan etmiş bulunsa, bu sözler akdin sair hususatına tesir etmediği takdirde, akid tamam ve muteberdir. O kimsenin münhasıran itiyadı sebebiyle, sarfetmiş olduğu hafif kelimeleri mutazammın icap; akdi ifsad etmez.

5 — Hıffet sahibi kimsenin, itiyadı olan kelimelerle irtidat etmesi hususunu kanun ciddi olarak telâkki ederek o kimseyi, mezkûr fiile mürettep ceza ile cezadide eyler. Kezalik hıffet sahibi bir gayri müslim de itiyadı olan kelimelerle müslümanlığı kabul ettiğini söyleyecek olsa, İslâm Hukuku bunu da ciddî olarak telâkki etmektedir. Kanun nazarında o kimse, İslâmiyeti kabul etmiş sayılır.

6 — Hıffet sahibi kimsenin ahar kimselerle icra ettikleri akid ve muamelâta ait sözleri, kıymeti hukukiyeyi haiz değildir. Misal: Böyle bir kimse(Amr, Zeyde bin dirhem borçlu bulunduğunu ikrar etti) diye beyanda bulunsa, bu beyana itibar olunmaz. İslâm mahkemesi nezdinde böyle bir beyanın hukukî kıymeti mevcut değildir.

İnşaî olarak sarfettiği sözler, vakayı ve hadisatça tekzip olunmadıkları takdirde muteber bulunmaktadırlar. Misal: Beyi akdinde bayi bulunan hıffet sahibi kimse, satmış olduğu nesneyi müşteriye teslim etmiş ve bedelini de almış ise, artık bu hususdaki inşaî sözlerine ciddî olarak bakılmak lâzım gelir. Zira teslim ve tesellüm keyfiyeti bu sözlerin ciddî ve hakikî bulunduğunu, fiilî bir surette göstermektedir. Binaenaleyh böyle bir kimsenin inşaî olan sözlerinin adliyece ciddî bir surette tetkikten geçirilmiş olması lâzımdır.

* * *

4 — SEFAHET, İSRAF

(prodigalité, dissipation)

İsraf ve sefahet menfi bir haleti ruhiyedir. Öyle menfi bir haleti ruhiye ki, normal surette mantık ile hareket eden bir kimsenin evsafının dununda bulunmaktadır. Böyle bir haleti ruhiye içerisinde bulunan kimse, kendi kendisini fazla beğenmekte ve yaptığı işleri azamî hadde kadar götürmektedir. İradesinin doğruluğuna o kadar emindir ki, beşerî mantıka ve kanuna aykırı olan hareketlerine karşı vaki itiraz ve nasihatlara katiyen aldırış etmez.

İsraf ve sefahetin hukukî neticeleri şunlardır:

1 — Vazife ve salâhiyetleri ref etmez. Sefih bulunan, bu vazife ve salâhiyetlerle mesul bulunmaktadır. Vazifelerinin ademi ifası, gerek bu dünyada ve gerekse ahirette kendisine mürettep bulunan cezaların kâffesini istilzam eder.

2 — Akid ve muamelâtın kâffesinde icra ettiği fiiller, mer'i ve muteberdir. Talâk, köle azadı, ikrar, hibe, beyi, icar ilâh... gibi bilumum muamelâtta sefih, tamamiyle ehil olarak hareket etmiş telâkki edilerek, yapmış olduğu muameleler hukukî kıymet arzederler.

3 — Müsrif olan sefihin rüşt yaşına geldiği zaman, vesayet altına alınması istenilebilir. Hâkim böyle bir kararı vermekte serbesttir. Ancak, böyle bir talebi tetkik ederek hükme bağlamak mecburiyetindedir.

4 — Sefih olan kimse, rüşt yaşından evvel, kendî malını resen idare edemeyeceği gibi, vasi sıfatiyle başkasının malını da idare edemez. Bu yaşdan sonra da yukarda görüldüğü gibi, hareketi hâkimin hükmüne bağlı bulunmaktadır.

* * *

5 — SEYAHAT, (SEFER)

(Le voyage)

Arzın bir noktasından hareketle, diğer noktasına muvasalat için kat edilen mesafeye seyahat denir (Sefer). Hukuk tabiri olarak sefer, insanın daimî surette ikamet etmekte bulunduğu mahalden kalkarak yaya olarak yürüyen bir kimsesin yürüyüşü ile asgarî üç gün ve üç ge-

çe imtidat edecek olan bir mahalle seyahat etmesidir. Yani bir şahsın ıstimrar halinde ikamet ettiği mahalden hareket ile, yaya yürüyüş ile üç gün üç gece imtidat edecek ahar bir mahalle gitmesine sefer itlak olunur.

Seferin hukukî neticeleri şunlardır:

1 — Sefer ne salâhiyeti ne de ehliyeti izale etmez.

2 — Sefer dolayısiyle namazın rekâtları azaltılabilir. Yani dört rekâtlık bir namaz, iki rekât olarak eda edilebilir.

3 — Sefer halinde bulunan kimse, ramazan ayında seferi icra ediyorsa, orucunu ahar bir zamana tehir ederek, kaza edebilir.

4 — Oruçlu iken anî olarak seyahata çıkmak zaruretinde kalan kimse, orucunu o gün, ancak iftar vakti bozabilir.

5 — Gittiği memlekette işi icabı olarak onbeş gün kalmak zaruretinde bulunan kimse, hatta yine işi icabı olarak o kaldığı müddet zarfında her gün at üzerinde o memleketi gezmek mecburiyetinde bulunsa dahi, seferî addedilemez. Gerek ibadete, müteallik ve gerekse sair hususata ait bilcümle vazifelerini o memlekette daimî surette ikamet eden kimseler gibi ifa mecburiyetindedir.

* * *

Müktesep âfetlerin üçüncü kısmı ise şunlardır.

1 — KÖLELİK (RİKKIYET)

(Esclavage)

Kölelik, köle aleyhine kanunun kabul etmiş olduğu bir maduniyet vaziyetidir ki, bu vaziyet dolayısiyle köle, hür kimselerin haiz bulunduğu hakların bir kısmından mahrum bırakılmakta, ve bu haklar ancak sahibinin haiz olduğu haklar meyanında olarak nazara alınmaktadır.

İslâmiyette kölelik, ancak bir harp hakkı olarak mevcuttur. İslâmiyetle hali harpte bulunan zımmî ve müşriklerden sağ olarak müslümanlar eline düşenler, islâmiyeti kabul etmedikleri takdirde, köle vasfını almış olurlar. Esir eden kimse tarafından ahara satılmadan evvel ıslâmiyeti kabul ettikleri takdirde, kölelik vasıfları zail olarak hür insan hakkını iktisap etmiş bulunurlar.

Her şeyden evvel şurasını zikretmek lâzımdır ki, köle, islâmiyette bir (mal) olarak telâkki edilmemektedir. Kölelik, islâmiyette hali

harpte esarete düşen gayri müslimin islâmiyeti kabul etmemesi dolayısiyle vücude gelmiş, hususî bir vaziyeti içtimaiyeden ibarettir.

Kölenin maruz kalabileceği, üç hal tasavvur edilebilir.

1 — Sahibine hizmet etmek.

2 — Muayyen olan bir para mukabilinde (fidye), dindaşları tarafından satın alınmak,

3 — Sahibinin her hangi bir dinî gaye veya vazife ile kendisini azad etmiş olması,

Köle kendi dininde olan bir cariye ile evlendiği takdirde, bu izdivaçtan husule gelen çocuklar rüşt yaşına kadar köle ve cariye olarak kalırlar. Bu yaşa vusullerinde islâmiyeti kabul ettikleri takdirde, hür olur; etmedikleri takdirde ise, kölelik ve cariyelik vasıflarını muhafaza ederler. Gayri müslim bir cariye hür bir müslim ile evlenir evlenmez, azad olmuş addedilir. Bu kadından doğacak çocuklar hür ve müslüman olarak doğmuş olurlar. Cariye, emri altında bulunduğu sahibinin firaşına nikâhsız olarak girebilir. Böyle bir cariyeyi firaşına almış olan kimse günah işlemiş sayılmaz.

Müslümanların köle olamayacaklarını söylemişdik. Bununla beraber müslümanlarm da kölelik vaziyetine düştükleri vakidir. Müslüman da harpte gayri müslimlere esir düşebilir. Bu gayri müslimden müslüman esiri satın alan müslim, onu köle olarak satın almış olur. Böylece bir müslümanı gayri müslimin elinden köle olarak satın almış olan kimse, o müslimi derhal azad etmesi sevap olmakla beraber, bu sevabı arzu etmeyen kimseyi kanun icbar etmemektedir. Bedelini ödeyerek satın almış olduğu müslim üzerinde, satın alan kimsenin hakkını kanun tanımaktadır. Sebeb basittir. Burada iki hakkın muvacehesinde bulunulmaktadır. Birisi Allaha ait olan hakdır ki, hiç bir müslümanın dindaşını köle olarak tutmamasını amir bulunmaktadır. İkincisi, kula ait bir haktır. Gayri müslim elinde bulunan kimseyi bir bedel mukabilinde satın almış bulunan müslümanın ödediği bedel dolayısiyle bir hakkı mevcut bulunmaktadır. Yukarki bahislerde de izah etmiş olduğumuz veçhile İslâm Hukuku, kul hakkını daima Allah hakkına tercih etmiş bulunmaktadır. İşte bu sebebe binaendir ki, düşmandan bedeli mukabilinde bir müslimi köle olarak satın alan kimse, bu hakkını, o kimseyi arzusu ile azad edinciye kadar muhafaza eder.

Örfe göre, sahibinin köleyi azad etmesi için yedi senelik bir müddet zarfında kölenin sahibine hizmet etmesi, ve bu müddetin hitamında sahibi tarafından azad edilmesi lâzım gelmektedir. Kanunun kölelik hakkında umumi hükümleri bunlardan ibarettir. Yalnız şurasına dikkat etmek lâzımdır ki, islâmiyette köle yukarda da söylendiği gibi bir (mal) addedilmemektedir. Kanun vazının kölelik müessesesi lehine vazetmiş olduğu hükümler, kölenin azad edilmesi keyfiyeti; akrabadan hiç bir kimsenin köle olarak alınamayacağı yolundaki memnuiyet gibi hususlar nazara alındığı takdirde; sahibi nezdinde azad edilmeyerek kaldığı müddetçe, kölenin, ailenin bir ferdi gibi telâkki edilmekte bulunduğu görülmektedir.

Kölenin mahrum bulunduğu haklar yedi noktada mütalâa olunur.

1 — Köle mal sahibi olamaz, mülkiyet hakkı yoktur.

2 — Başka kimseleri her hangi bir vazife ile ilzam edemediği gibi, kendisi de ahar tarafından tevdi olunan bir vecibeyi iltizam edemez. Misal: köle, kefil, vekil olamayacağı gibi, nezir ve taahhüt gibi iltizamî hareketlerde de bulunamaz. Kezalik köleden dünyevî kemal de beklenemez. Zira kemal, kâmil olan hür kimselere mahsus bir keyfiyettir. Bunun neticesi olarak da köle, kâmil olan kimselerin yapacağı akdi icra ve bu hususta icab ve kabulde bulunamaz. Köle, ister hür ister cariye olsun; ancak iki kadınla evlenebilir. (hür adam dört kadın alabilir). Talâk hakkı mevcuttur.

3 — Kölenin köle satın alarak hizmetinde kullanmak hakkı yoktur.

4 — Münhasıran Allaha ait bulunan haklardan cuma namazı, bayram namazı, hac gibi vazifeleri ifa etmediği takdirde, ifa etmesi için zorlanamaz. Bu vazifelerden dolayı ancak Allahına karşı mesuldür.

5 — Yakın karabet dolayısiyle varis olamayacağı gibi, hâkim tarafından vasi de nasp edilemez. Kezalik yetimler üzerinde umumî nezaret vazifesiyle de tavzif olunamaz.

6 — Siyasî haklardan da mahrumdur. Vali, vali muavini, âmil olamayacağı gibi, saî yani, posta işlerine memur da tayin edilemez.

7 — Hem Allaha hem de cemiyete müşterek olarak ait bulunan haklara ait cezaların (hudut) (tazirat) hür kimselere muayyen miktarının yarısiyle muatep olur.

Kölenin sahib olduğu haklar ise şöylece mütalâa edilir:

1 — Maddi olmayan manevî haklarına sahibdir. Bilfarz şerefine karşı vaki taarruzu def için mahkeme huzuruna davacı olarak gidebilir. Kezalik kendisine karşı vaki, bir ceza davasında hukukunu müdafaa edebilir. Yani ceza davasında davacı, veya maznun sıfatiyle ahzi mevki ederek haklarını müdafaaya ehildir.

Hukuk davasında da davacı, veya dava olunan sıfatiyle bulunabilirse de bu hususiaki kazanç veya zararı sahibine ait bulunmaktadır. Yani davayı kazandığı takdirde iktisap ettiği menfaat, kaybettiği takdirde mahkûm olduğu zarar ve ziyan sahibine aittir.

2 — Kanının bedelini almak hakkına da sahibdir. Yani kanı helâl olmayıp, her türlü taarruzdan masun kılınmaktadır. Sahibi kölesini taammüden öldürdüğünü ikrar ettiği takdirde, kısas cezasiyle muatep olmaktadır. Katil fiilinde sahibinin taammüdü bulunmadığı takdirde, kan bedeli olarak diyetini maktulün mevcut bulunan ve hür olan akrabalarına vermek mecburiyetindedir. Eğer maktulün hür olan akrabası mevcut değilse, diyet, köle olan akrabalarının sahiblerine verilir. Kölenin sahibi, kölesini taammüden öldürdüğünü ikrar etmedikçe. ölüm cezasına mahkûm edilemez. Zira kanun köleyi taammüden öldürmekte sahibinin zararı olduğunu nazara almış, ve bir kimsenin kendi zararına hareket edeceğini, gayri mümkün addeylemiştir. Her hangi bir sebeb dolayısiyle sahibi köleden kurtulmak zaruretini hissederse. onu öldüreceği yerde ahar kimseye satmakla bu arzusunu tatmin edebilir.

* * *

İKRAH

(La contrainte)

İkrah; insanı iradesi hilâfına harekete icbar etmek demektir. Daha başka bir tarif ile ikrâh bir kimsenin gayri meşru addettiği bir fiil ve hareketi o kimseye cebren yaptırmak veya yaptırmamaktır.

İkraha maruz kalmış olan kimsenin sözleri ve hareketlerinin kanun nazarında hiç bir kıymeti mevcut değildir. Söylenilen sözlerin veya icra olunan hareketlerin; yapan kimsenin serbest iradesi neticesi ol-

maması dolayısiyle, hukukî kıymeti yoktur. Misal: Cebir ve ikrah altında bulunan bir kimsenin (karımı boşadım) demesinin hiç bir kıymeti kanuniyesi mevcut değildir. Cebir ve ikrah altında yaptırılmış bulunan bilumum sair akidlerde de hüküm böyledir. Kezalik ayni şerait altında bulunan bir kimsenin yapılmış bulunan akidleri fesih etmesinin de kıymeti yoktur. Zira cebir ve ikrah, irade serbestîsini ihlâl etmiş bulunmaktadır. Hatta o kimse kendi serbest iradesiyle bir akdi feshedecek olsa bile, bu fesih keyfiyeti cebir ve ikrahın zarureti altında vaki olmuş ise, yine kıymeti mevcut değildir.

İkrâhın üç ayrı nevi mevcuttur ki, her nevi ikrâh altında bulunan kimse için ayrı ayrı hukuki vaziyetler meydana getirir:

Birinci nevi: Bu nevi ikraha araplar, mülci ikrâh derler, Burada ikrah altında bulunan kimsenin rızası, yani serbest iradesiyle her hangi bir fiili ika için lüzumlu bulunan iktidarı, bir veya bir kaç kişi tarafından vaki ikrah neticesi selbolunmuştur. Azasından birisinin kesilmesi veya öldürüleceği tehdidi altında bir kimsenin herhangi bir fiili işlemesi veya işlememesi gibi.

İkinci nevi: Bu nevi ikrah, ikrah altında bulunan kimseyi rızasından yani serbest iradesinden mahrum etmekte, ve fakat iktidarını selbetmemektedir. Bir kimseyi hapse koymak, zehirlemek veya döğmek tehdidi altında bir işi işlemek için, o kimsenin rızasını istihsal etmek gibi. Burada rızanın istihsali için ikrah mevcut olup, iktidarı selbeden bir ikrah mevcut değildir. Bir kimse, fena bir hareketin icrası için tazyik olunsa, serbest iradesi o fena hareketi icra etmemek için serbest kaldığı müddetçe, o fena işi yapmayacak, fena hareket; ancak serbest iradenin zeval bulduğu dakikada fiile çıkacaktır. Ancak, tazyik altında bulunan bir kimse, bu tazyik neticesi düşünebilme serbestisini hiç bir suretle kaybetmemiş olacağı için hapis, zehir ve dayak gibi tehditleri hiçe sayarak kendisine yaptırılmak istenilen fena hareketi icra etmemek iktidarını haiz bulunmaktadır. İşte böyle irade serbestisi ihlâl edildiği halde dahi istenilen fiili ika etmeyen kimseyi azimet halinde, mutavaat eden kimseyi de ruhsat halinde telâkki etmek icap etmektedir.

Üçüncü nevi: İkrah altında bulunan kimse yalnız muhakeme ve düşünce serbestisinden mahrum edilmiştir. Buna araplar; fiilî olmayan ikrah demek manasına olarak, gayri mülci ikrah derler. Bu nevi

ikrah, ikrah altında bulanan kimseyi doğrudan doğruya olmayıp, dolayısiyle cebir altında bulundurmaktadır. Böyle bir ikrah altında bulunan kimse, doğrudan doğruya bir tehdit altında değildir. Zira kendi şahsiyeti tehditten masun bulunmaktadır. Ancak; yakınlarını tehdit altında bulundurması dolayısiyle, kendi şahsiyeti tehdit altındadır. Şu işi yapmadığın takdirde, oğlunun kulakları ve burnu kesilecektir, diye tehdit altına vazedilmiş olan bir kimsenin hali gibi. Bu kimse bizzat kendisi tehdit altında değildir. Ancak düşünce ve tefekkür serbestisi, yani kendisine teklif edilen fena hareketi ifa etmediği takdirde oğluna gelecek fenalık dolayısiyle bu fena hareketi ihtiyar etmesi hususu tehdit altına alınmakta; düşüncesini o fena hareket imale etmesi hususu zorlanmaktadır.

İkrahın hukukî neticeleri şunlardır:

1 — İkrah, insanın vazifelerini kaldırmadığı gibi, icrası hususunu da ref etmez: Yani ikrah dolayısiyle insan ehliyet ve salâhiyetlerinden kat'î olarak hiç bir şey kaybetmez. Zira gerek salâhiyet ve gerekse ehliyet insanda daimî olarak bilkuvve mevcut farzolunmaktadır. Ancak fiilî olan ikrahlarda, yani birinci nevide gördüğümüz mülci ikrahda. bu ikrahın devamı müddetince ehliyet ve salâhiyet muvakkaten tezahürlerini gösteremezler. İkrah altında bulunan bir kimsenin şahadet eda edememesi ve buna mümasil hallerinde olduğu gibi. Misal: Cebir ile hâkim huzuruna edayı şahadet için getirilen bir kimse, ne ehliyet ne de salâhiyetinden bir şey kaybetmemiştir. Üzerinde tazyik icra eden ikrah, mürtefi olur olmaz şahitliğini kanunun emrettiği şekilde bütün dürüstîsi ile ifa edebilir.

2 — Cebir ve ikrah muhakemeyi izale etmediği gibi, hıyar hakkı da mahfuz kalır. Binaenaleyh cebir ve ikrah altında bulunan bir kimse. vazifelerini ifa hususunda iyi ve kötüyü yekdiğerinden ayırabilecek bir vaziyettedir. Şu hale göre, ikrah ve cebir altında bulunan kimsenin kanuna mugayir bir fiili ika etmesinden ise, bütün cebir vasıtalarına tahammül göstererek mukavemet göstermesi tercihe şayan bulunduğu gibi sevabı da müstelzimdir. Bir misal: Ölüm tehdidi altında dinini değiştirmeğe cebir edilen kimsenin zahirî şekilde bu tehdide boyun eğmesi, cezayı müstelzim olmamakla beraber, ölüme de göğüs gererek mukavemette bulunması sevabı müstelzimdir.

3 — İkrah ve cebir altında, ikrahı yapan kimsenin lehine olarak bir fiil işleyen kimse, bu fiilinden mesul olmayıp mesuliyet; ikrahı icra eden ve fiil lehine olarak icra olunan kimseye aittir. Misal: Başkasına ait bir malı tahrip eden bir kimseyi ikrah ve cebir altında bulunduran bir kimse, bu kimenin ikrah ve cebir altında icra edeceği tahribattan tamamiyle kendisi mesuldür.

4 — İkrah ve cebir altında ika olunan fiillerin netayici, ikrah ve cebiri ika eden kimseye doğrudan doğruya kabili atıf bulunmadıkları takdirde, ikrah ve cebir altında fiili ika eden kimseye ait bulunmaktadır. Misal: Ahar bir kimsenin cebir ve ikrahı neticesi olarak, bir kadına zina fiilini irtikâp eden kimse ile yine cebir ve ikrah altında olarak aharın yenilecek bir malını yiyen kimse zina ve yemek fiillerinden dolayı bizzat kendisi mesuldür. Bu fiilleri ika için maruz kaldığı ikrah ve cebir ancak, kendisi hakkında cezayı hafifletici bir sebeb teşkil edebilir. Mahkeme de kendisine ikrah ve cebir altında o fiili işleten kimseden zarar ve ziyan talep hakkını verir. Fakat ika edilen eser, işleyen kimsenin eseri olarak kalır ki, bu da doğrudur. Zira, zani demek zina filini ika eyleyen kimse demektir. Binaenaleyh, mürettep ceza zaniye ait olduğuna göre, bu cezanın zina fiilini bilfiil ika eyleyen kimseden gayrisine tatbik edilmesine maddeten imkân mevcut değildir. Cebir ve ikrah ile zina fiilini işletmiş bulunan kimsenin, (zani) sıfatı mevcut değildir.Ahara mahsus bir yiyeceği yiyen kimsenin vaziyeti de aynen böyledir. Ekil fiili, yemek demektir. Yiyen, yani yemek fiilini ika eden kimseye mükil denilir. Binaenaleyh ikrah ve cebir fiilini ika eden kimseye, ancak bu fiili ikaından dolayı ceza verilebilir. (Yemek) fiilinden dolayı ceza verilemez. Kezalik cebir ve ikrah altında başkasının malını yiyen kimse ancak kendisine cebir ve ikrah ile bu fiili işleten kimse hakkında tazminat davası ikame edebilir.

5 — Cebir ve ikrah altında bulunan kimsenin bu halin devamı müddetince sarfedeceği ihbarî veya inşaî sözlerinin, hatta ikrah ve icbarı yapan kimseyi alâkadar etmeseler dahi, hiç bir kıymeti hukukiyesi mevcut değildir. Misal: İkrah ve cebir altında karısını boşadığını söyleyen kimsenin, bu sözünde hiç bir kıymeti hukukîye mevcut değildir. İkrah ve cebir ile bu sözü söyleten kimse ceza ile muatep olur. Köle azadı, vesair akidlerde de vaziyet böyledir.

* * *

İkrahın hukukî neticeleri hakkında vermiş olduğumuz malûmat, islâm hukukçularını ikrah altında icra olunan fiilleri metodlu bir taksime tabi tutmağa sevk etmiş bulunmaktadır. Bu taksime göre ikrah neticesi vukua gelen fiiller, iki kısma ayrılmaktadır.

Birinci kısım: Cebir ve ikrah altında bulunan kimsenin, cebir ve ıkrahı ika eden kimsenin bir aleti olarak icra ettiği bilumum fiiller birinci kısma dahildir. Cebir ve ikrah altında olarak kendisinin hiç bir menfaati olmaksızın aharın malını tahrip eden kimsenin vaziyeti gibi.

İkinci kısım: Cebir ve ikrah altında bir alet mesabesinde fiili işlemekle beraber, bu işlediği fiil dolayısiyle kendisinin de menfaattar bulunduğu fiiller. Cebir ve ikrah altında bulunan kimse, işlediği fiili bu ikrah dolayısiyle işlemiştir. Ancak işlenen fiilde kendisinin menfaatı olup, bu fiilden şahsen istifade etmiş bulunmaktadır. Misal: Cebir ve İkrah altında zina fiilini irtikâp eden şahsın vaziyeti gibi.

Her iki kısma dahil bulunan fiillerde de, fiili ika eden kimsenin iradesi cebir ve ikrahı yapan kimsenin aleti mesabesindedir. Bununla beraber ikinci kısma dahil fiillerde fail, işlediği fiil dolayısiyle iradesinin mahsulü bir hisseye sahib olmaktadır. Cebir ve ikraha maruz bulunan kimsenin alet olarak telâkki edilmesi, cebir ve ikrahı icra eden kimse ile, husule gelen fiil arasında bir vasıta olması dolayısiyledir. Zina fiilinde olduğu gibi ki, cebir ve ikrah ile zina fiilini işleyen kimse. bu fiili işlemek için cebir eden kimse ile kendisine zina fiili ika olunan kadın arasında bir vasıtadan ibarettir.

İslâm hukukçuları bu taksimi yapmış olmakla fiili ika eden kimsenin, ika ettiği fiildeki mesuliyeti hissesinin ne olacağını da tesbit etmiş bulunmaktadırlar.

* * *

Yukardaki taksimin dördüncü kısmı ise:

Hayatın iki mütezat devresi olan çocukluk ile şeyhuhet ve kadınların aybaşı zamanlarında duçar oldukları malûliyetleri muhtevi bulunmaktadır. İslâm Hukuku bunları da ehliyeti zaafa düşüren hallerden addetmiş çocuğun, ihtiyarın ve aybaşı halinde bulunan kadının hak ve vazifelerindeki salâhiyetlerini hafifletmişdir.

Yaşların taksimi hususundaki izahatı eserimizin gerek birinci cildinde, gerekse bu cildinde vermiş ve gerek İmamı Azama ve gerekse müşarünileyhin talebelerine göre, yapılmış olan taksim şekillerini

izah etmiş bulunmaktayız. Küçüklük ile şeyhuhet, hayatın öyle iki devresidir ki, ehliyeti zaafa uğratmaları bakımından da ehemmiyeti haiz bulunmaktadırlar. Onun için bu iki hususa ait bahisler burada mümkün olduğu kadar mufassal bir surette zikrolunacaktır.

* * *

1 — KÇÜÇKLÜK (SİĞARİYET)

(La minorité)

Küçüklük iki devreye ayrılmış bulunmaktadır.

Birinci devre çocuğun doğumu ile başlar ve çocuğun yedi yaşına kadar devam eder. Bu devrede çocuk, muhakeme kudretinden tamamiyle mahrum telâkki edildiği için, gerek vazifelerini icra ve gerekse haklarını istihsal etmek üzere kendi kendine hareket edememektedir. Bu devredeki çocuğun içtimaî mevcudiyeti, ancak veli veya vasisinin ianesiyle vücut bulmaktadır.

İkinci devre, yedi yaşından itibaren çocuğun bülûğ yaşına kadar olan devresidir. Bülûğ erkekte meninin tezahürü, kadında ise hayzın zuhuru iledir. Çocuk bu devrede bir dereceye kadar fark ve temyiz hassalarına malik bulunmaktadır. Bedenî kabiliyetleri bakımından çocuğa bu devrede mürahik; zihnî ve fkirî inkişafı bakımından ise, mümeyyiz ıtlak olunur. Bu günkü hukuk mefhumuna göre, rüşt yaşına takaddüm eden devre demektir.

* * *

Çocuğun mahrum bulunduğu hak ve vazifeler dörttür.

1 — Cemiyete ait haklardan olan şahsî vazifeler. Tabiri diğerle esas itibariyle cemiyete ait olup da, şahıslara tevdi edilmiş bulunan haklar. Misal: Hak sahiplerinin kısas talebinde bulunmaları gibi.

2 — Allah hakkı ile kul hakkının birleşmiş bulunduğu vazifeler. Ağır ve hafif cezalar gibi.

3 — Münhasıran Allah hakkı olarak insanın mükellef tutulduğu vazifeler ki, bu vazifeler ehliyeti kâmile ashabı için dahi, meşru bir mazeret vukuunda ruhsata tabi tutulmuşlardır. Oruç ve namaz gibi.

4 — Başkasına veli veya vasi olabilmek hakkı.

* * *

Çocuğun haiz olduğu hak ve vazifeler de, dörttür.

1 — Çocuk kendisi ile ahar kimseler arasında tahaddüs eden hak ve vazifelere sahib bulunmaktadır ki, bu hak ve vazifeler dört kısımda mütalâa olunabilir.

A — Kanunun ahar kimselere karşı çocuğu tazmin ile mükellef tuttuğu hususlar (hakkı tazmin).

B — Çocuğun lehine olarak yapılmış bulunan akidlere ait bedelleri istîfa. (hakkı taviz).

C — Küçük muhtaç ise, yakınları tarafından kendisine bakılmasını isteyebilmek hakkı, eğer zengin ise muhtaç bulunan yakınlarına bakmak vazifesi. (sılai vuslatı nesebiye).

D— Bülûğ yaşında fiilî vaziyete gelmek üzere çocuk evlendirilmiş ise, ihtiyaç halinde bulunan karısına bakmak vazifesi.

2 — Allah hakkı olarak tanınmış bulunan cemiyete ait vazifeleri eda. Misal: Çocuk öşrü vermek mecburiyetinde bulunduğu gibi, gayri müslimlerin eda ile mükellef bulundukları haraç veya dinini muhafaza kaydiyle müslüman memleketinde oturmak isteyen gayri müslimin vermekte bulunduğu cizyeyi de vermek mecburiyetindedir.

3 — Mesaisi mukabilinde istihkak peyda ettiği alacaklar. Bilfarz çırak sıfatiyle bir dükkânda çalışan çocuğun istihkakını alabilmesi gibi.

4 — Ancak hak sahibinin teberruu ile zeval bulabilen haklar. Misal: Şuf'a ve veraset hakları gibi.

Bazı hukukşinaslar küçüklüğün hukukî neticelerini başka bir taksime tabi tutarak altı hal üzerine mütalâa etmişlerdir ki, şunlardır:

1 — Küçük, temyiz yaşı olan yedi yaşına kadar tıpkı mecnuna müşabih olarak gayri mesuldür.

2 — Çocuğun gayri mümeyyiz yaşında iman sahibi olup olmaması keyfiyeti kendi şahsına matuf olup ailesine tahmil edilmemiştir. Çocuğun bu hususiaki akideleri ancak bülûğ alâmetleri zuhurunda, bir kıymeti hukukiye iktisap ederler.

3 — Ehliyeti kâmile sahibi bir kimse üzerinde bir an yokluğu farzedilemeyen vazifeler çocukta da mevcut farzolunur. Misal: İman

gibi. Bu yaşda çocukdan imanın tezahürleri hususu talep olunmamakla beraber, bilkuvve çocukda imanın mevcut bulunduğu telâkki edilmektedir.

4 — Ehliyeti kâmile sahibi kimseler üzerinde tesirini göstereme-yen hallerdeki vecibeler, küçük üzerinde de tesirini icra etmezler. Misal: Yemin kefareti gibi. Ehliyeti kâmile sahibi bir kimse, bu kefareti fakir bir halde kaldığı müddetçe ifa edememektedir. Küçüğün de-aynen ehliyeti kâmile sahibi gibi, ifasına imkânı maddî mevcut olmadığı müddetçe bu kefareti ifa etmez.

5 — İnsanın hayatiyetini muhafaza için haiz olduğu hukukun cümlesine küçük sahibdir. Yaşamak için kanını muhafaza etmek, uzuvlarına sahib olmak hakları gibi.

6 — Küçüğün başkasına veli ve vasi olmak hakkı mevcut değildir.

* * *

2 — ATEH YAŞI

(Extrême vieillesse)

İnsanda öyle bir yaş gelir ki, bu yaşda ehliyet tamamiyle zafa uğrar. Arap hukukçuları bu yaş devresine ateh yaşı demektedirler ki, çocuk haline gelmiş ihtiyarlık yaşı demektir .

Bu yaş, yetmiş yaşından itibaren başlar. Ancak, her ferdin haiz bulunduğu sıhhat, kuvvet ve hayatiyetini nazara almak lâzımdır. Binaenaleyh her yetmiş yaşına gelen kimsede zekânın zayıflaması, o kimsenin çocuk haline girmiş olması lâzım gelmez. Ancak bir kimsenin (matuh) addedilebilmesi için, kanun yetmiş yaşını tecavüz etmiş bulunmasını şart koşmaktadır. Yetmiş yaşını geçmiş olan kimse için ateh haline girip girmemek keyfiyeti, ancak bir karine teşkil edebilir. Böyle bir hale düşüp düşmediği o kimsenin ahval ve harekâtı ve sözleriyle anlaşılmaktadır. Atehin hukukî neticesi o kimsenin temyiz kabiliyetini haiz bir çocuk gibi telâkki edilmesidir. Kanunen kendisine bir vasi tayin edilir. Mahrum bulunduğu hak ve vazifelerle, haiz olduğu hak ve vazifeler mümeyyiz bir çocuğun (Sabii mümeyyiz) hak ve vazifeleri gibidir.

* * *

KADINLARIN AYBAŞI (HAYIZ)

(Le flux menstruel)

Aybaşı görmekte olan kadını, islâm hukukçuları, hastalık halinde bulunan bir kimse gibi telâkki etmektedirler. (1) Ay başının başlayıp devamı haline hayız, kesilmesine de nifas demektedirler. (2)

Ay başı halinin hukukî neticeleri şunlardır:

1 — Ay başı hali, ehliyet ve salâhiyete halel iras etmez. Ancak ibadete müteallik bazı hususlar icra olunmaz. Namaz, oruç gibi.

2 — Hayız halinin devamı müddetince her kadın, her vakit namaz için yalnız abdest almakla iktifa eder. (3) Bu abdestin esasının, Hazreti Havvanın bu halde iken Hazreti Adem vasıtasiyle melâikeden telâkkî ettiği bir emre istinad ettirildiği rivayet olunmaktadır.

Bu halde bulunan kadın, bu hal dolayısiyle terketmiş bulunduğu oruç ile namaz gibi vecibelerini bilâhare ifa ile mükelleftir. (4)

* * *

Bütün usul müellifleri eserlerinde ölümden de bahsetmekte zikretmiş olduğumuz on altı türlü âfetlere müşabih bulunduğunu ilâ-

---

(1) Bu ifade İslâm hukukuna aykırıdır:

İslâm hukuku bilâkis hayız görme kabiliyetinde olan bir kadından kanın zuhur etmemesini hastalık sayar.

(Diyanet İşleri Reisliği notu)

(2) Bu ifade İslâm hükümlerine aykırıdır, doğrusu şöyledir:

Kadının hayızı ay başında gördüğü kandan, kadının nifası doğurduğunda gördüğü kandan ibarettir.

(Diyanet İşleri Reisliği notu)

(3) Bu ifade İslâm hükümlerine aykırıdır, doğrusu şöyledir:

İslâm fukahasının tedvin etmiş oldukları fıkıh kitaplarının cümlesinde kadına hayız ve nifas halinde namazın vâcib olmayacağı ve sonra hayıf ve nifas müddeti geçip pâk olduğunda da o müddetteki namazlar, vâcib olmadığı cihetle kazası lâzım gelmiyeceği, ancak orucun kadına hayız ve nifası halinde vacib olmuş ise de o halde orucunu tutamıyacağından pâk olduklarında kaza edecekleri tasrih edilmektedir.

(Diyanet İşleri Reisliği notu)

(4) Bu ifade İslâm hükümlerine aykırıdır, doğrusu şöyledir:

Kadın hayız ve nifas halinde ne abdeste ve ne namaza ehil değildir. Binaenaleyh namaz kılsa ve abdest alsa ne namazı ve ne de abdesti muteber olmaz. İsterse namaz vaktı bir kenara çekilip düâ ve istiğfar gibi bir zikirle meşgul olabilir

(Diyanet İşleri Reisliği notu)

ve eylemektedirler. Bittabi bu müşabehet uzviyet itibariyle olmayıp, hasıl ettiği netayiç itibariyledir.

ÖLÜM (MEVT)

(La mort)

Hayatın kat'î bir şekilde olarak inkıtaına ölüm denir. Ölümün hukukî neticeleri sekizdir.

1 — Ölüm ferdin dünyada ifa mecburiyetinde bulunduğu ibadete müteallik bilumum vecibeleri kaldırır. Ancak, insanın bu dünyada ika etmiş olduğu günahlar, baki kalır. Binaenaleyh ferdin ifa mecburiyetinde bulunduğu vecibeleri ademi ifası dolayısiyle vücude gelen netayici hukukiye baki demektir.

2 — Ferdin, hayatında iken akid ve mukavele dolayısiyle vücude getirmiş bulunduğu bilumum hak ve vecibeler, bakidir. Ölünün ölmeden evvel yapmış bulunduğu bilumum alacak ve borçlar, hükmü hukukîlerini muhafaza ederler.

3 — Kanunun muhik telâkki ettiği rehin, emanet gibi, muayyen mevzulara ait muamelât kezalik bakidir.

Maddî bir şeye muttasıl bulunmayan ve muayyen olmayan borçlar, ölümden sonra hükmü hukukîyi haiz değillerdir. Misal: Bir kimsenin ölümünden sonra bir şahıs (müteveffanın bana borcu vardı) diye bir iddiada bulunacak olursa, eğer müteveffa ölmeden evvel, (falan kimseye falan yerde kâin evini satın almaktan dolayı şu kadar borcum var) diye maddî ve muayyen bir hususa muttasıl bir borç ikrar etmiş ise, bu borcun hükmü hukukîsi mevcuttur. Aksi takdirde müteveffanın muayyen ve maddî bir hususa muttasıl bulunmayan lâalettayin (falan kimseye borcum vardı) yolundaki beyanının o kimsenin ölümünden sonra, hiç bir hukukî kıymeti yoktur.

Tıpkı bunun gibi ahar bir kimse tarafından müteveffa aleyhine iddia olunan haklar da kat'î ve muayyen bulunmadıkları takdirde hüküm ifade etmezler. Bilfarz, müteveffa ölümünden evvel bir şahıs için memleketi terk etmeyeceğine dair bir kefalette bulunmuş olsa (kefale-

ti nefsiye) da, bu kimse kefil olan şahsın vefatını müteakip memleketten kaçmış bulunsa, ölüye hiç bir mes'uliyet terettüp etmez. Veresesi böyle bir hareketin mesuliyetini tahammül etmezler. Ancak, böyle bir hareket dolayısiyle müteveffa aleyhine nakden ödenmesi lâzım gelen bir şartı cezaî varsa, bu husus hüküm ifade eder.

4 — Ölüm halinde, gerek müteveffaya verilmiş bulunan ve gerekse müteveffanın vermiş bulunduğu bilumum kefaletler hükümlerini kaybederler.

5 — Müteveffanın tedfinine müteallik bilumum mesarifat, hatta bu kimsenin borc bıraktığı mevcudundan fazla olarak olmuş olsa dahi, mirasından ödenir. Alacaklılar ancak, tedfin masrafları çıktıktan sonra kalan meblâğ üzerinde hak iddia edebilirler.

6 — Borcu, bıraktığı mevcudundan fazla olarak vefat eden kimsenin (müstağrakı düyun) ölümünden evvel vaki kefaleti üçüncü bir şahıs tarafından müteselsil kefalet ile teyit edilmemiş ise, müstağrakı düyun olarak ölen kimsenin vefatı ile hükümden sakıt olur. Müteveffa müstağrakı düyun olarak, vefat etmediği veya bu kefalet üçüncü bir şahıs tarafından müteselsil kefalet ile teyit edildiği takdirde kefalete mevzu teşkil eden borç, terekesinden alınır. Veya müteselsil kefile ödettirilir.

7— Müteveffanın rehin, emanet, gasp olunmuş mallar gibi ahar kimseden kendisine iadesini istemeğe mütedair hakları, aynen mirasçılarına veya borçlularına intikal eder.

8 — Müteveffanın cemiyet için ibreti müessire teşkil edecek olan hakları bakidir. Misal: Müteveffanın mirasçı sıfatını haiz akrabaları, ölen kimse katledilerek ölmüş ise bu katil dolayısiyle müteveffaya raci olan hakkı katilden isteyebilirler. Zira bu müteveffanın cemiyete ibreti müessir teşkil edecek olan bir hakkıdır.

* * *

İşte İslâm Hukukunun (müktesep âfetler) diyerek tavsife tabi tuttuğu hususların maddî ve manevî şeraiti bunlardan ibarettir. Arızalar; fikren veya bedenen sağ ve salim bulunan bir kimseye nazaran, bu gibi arızalara müptelâ olan kimsenin mükellefiyetini ya tamamiyle veyahut da kısmen azaltmaktadırlar. Ölüm ise yalnız tevlit etmiş bulunduğu hukukî neticeler bakımından bu arızalara teşbih edilmiş bulunmaktadır.

* * *

Bu bahisle eserimizin ikinci cildi de hitama ermiş bulunmaktadır. Kitabın bir neticesi olarak yazmış bulunduğumuz müteakip sayfalar, eserin hakikî bünyesinden hariç bulunmaktadır. Bu sahifeleri münhasıran usul bilindikten sonra kaide ve prensiplerin hukukî meselelere tatbiki hususundaki kolaylığın ve böylelikle İslâm Hukukunun asrîleştirilmesinin sühuletini göstermek için yazmış bulunmaktayız.

KITABI BİTİRİRKEN

Kitabımızı bitirmeden evvel oldukça muhtasar ve fakat esastan hiç bir şey kaybetmeyerek arzetmiş olduğumuz bu fıkıh usulünden faydanılması için okuyucuya bazı izahlarda bulunmayı faideli addetmekteyiz. Eserimiz kılâsik bir kitab olup, bilhassa talebeye hitab etmekte bulunmakla beraber, bunun haricinde islâm memleketlerinde ticarî, iktisadî ve siyasî vazifeler yüklenmiş olan kimselere de vazifelerini ifa hususunda İslâm Hukukunun esaslarını öğretmiş bulunacaktır. Eser, bu kabil zevatı şu iki nokta üzerinde aydınlatmak vazifesini görecektir:

1 — İslâm kanunu umumisinin menşeini ve maddelerinin esbabını gösterecektir.

2 — Yeni yeni çağlarda husule gelen medeniyet eserlerini, bu kanuna ithal etmek suretiyle kanunun sahasını genişletecek, ve bilhassa günden güne artmakta bulunan medenî beşer faaliyetlerini İslâm Hukukunun çerçevesi içerisine sokabilmek imkânını hazırlayacaktır. Bununla şunu kasdetmek istiyoruz: Medeniyet ilerledikçe hiç malûm bulunmayan bir takım hadiseler vücude gelmektedir. Bütün bu hadise ve fiilleri Allahın idaresine ve Resulünün arzusuna uygun bulunduğunu ispat ederek, müslüman heyeti içtimiayesine kabul ettirmek ancak, usulü fıkıh'ı iyi bir surette tetkik etmekle imkân sahasına girecektir. Usulü fıkıh'ın vücude getirdiği birinci faide, izahtan müstağni bulunmaktadır. Bu eseri dikkatle mütalâa edecek kimseler, bilfarz Dürer gibi kanunu umumî mevadını muhtevî bir eser ile tatbik edecek olur iseler usulü fıkıh'ın öğretmiş olduğu kaidelerin ne suretle tatbik sahasını bulmuş olduğunu bizzat müşahade ederler.

Halbuki; Avrupalıların, takdim etmiş bulunduğumuz bu eserden faydalanabilmeleri, şimdiye kadar el sürmedikleri adlî ve hukukî me-

seleleri hal edebilmeleri için bazı izahlarda bulunulması zarurî bulunmaktadır.

Her islâm hukukcusuna arzedilen her hangi bir meselesinin behemehal bir hal şekline iktiran etmesi lâzımdır. O mesele her şeyden evvel aslî hükümlerden birisine tatbik olunarak, bilâhare vaz'î hükümlerden birisiyle hükümlendirilir. Binaenaleyh her islâm hukukşinası, kendisine arzolunan mesele hakkında yorulmak bilmez bir sebat ile çalışarak, o meselenin evvelâ menbalarda yerini bulmak, meseleyi bulunduğu bu mahalle tatbik etmek, ve bilâhare meselenin cevheri ve veçhi dolayısiyle haiz olduğu hükümleri tesbit etmek mecburiyetindedir. Hukukşinasın böyle bir mesele muvacehesindeki vaziyeti, mahkemede kendisine arzedilmiş bir mukavele veya bir akid hususunda hüküm verecek hâkimin vaziyeti gibi değildir. Burada hukukşinasa arzedilen mesele kanunu umumîde veya fetva mecmualarında mevcut olmayan, hakkında bir hüküm teessüs etmemiş bulunan, eslâfın meçhulu bulunan yep yeni bir meseledir. Binaenaleyh hukukçunun bu yeni meseleyi vasıflandıracağı hükmü menbalarda araması, ve bulduğu hükmün doğruluğunu delillerle teyit eylemesi lâzım gelmektedir.

Böyle bir mesele muvacehesinde kalan hukukşinasın menbalarda ne suretle taharride bulunacağı, ne gibi yollardan yürüyeceği bu cildin başındaki içtihat bahsinde bildirilmiş, muhtelif devirlere ait müçtehittakip etmiş oldukları yollar; zamanımıza kadar izah edilmiş bulunmaktadır. İçtihat bahsini takip eden methal kısmında ise, menbalar hakkında lüzumlu malûmat ile, talî menbalar hakkında kâfi ve mufassal izahat ita edilmiştir.

Usulü Fıkıh, birinci kitabında dört aslî menbaın her birisini ayrı ayrı tetkik etmektedir. Birinci kitabın birinci faslı, Kur'an ve Sünnetteki lâfızların tetkikine hasredilmiş, ve bu tetkik vazifesi büyük bir itina ile ifa olunmuştur. Kezalik bu lâfızların delil ve asıl olarak haiz oldukları kuvvetler ayrıca gösterilmiştir. Delil ile asıl arasındaki fark itina ile tesbit olunarak, delil ile isbat olunan bir husus ile, asıl ile isbat olunan bir husus arasında ne gibi bir fark bulunduğu vuzuh ile anlatılmağa çalışılmıştır. Kur'an ile Hadîsde istimal edilmiş bulunan elfaz, hakikî ve hukukî kıymetleri ile izaha çalışılmış ve böylelikle bu bahislerle gerek fetvalardaki manaların anlaşılmasına, gerekse bir hüküm itası için

mana çıkarabilmek ve fetvaların muhteviyatı anlaşılmak hususları tesbil olunmuştur.

İkinci fasılda deliller tetkik olunmuştur. Hazreti Peygamberin ef'al, harekât ve sözlerine dair olan hususlar ciddî bir tetkike tabi tutulmak suretiyle, her hukukcunun bu hususta bilmesi lâzım gelen kıymeti hukukiyeler tezahür ettirilmiştir.

Üçüncü fasıl icmaa tahsis edilmiştir. Her hukukcu icmaı teşkil eden zevatın vermiş oldukları kararları ne gibi esaslar dairesinde vermiş olduklarını öğrenecek, ve bu esasları rehber ittihaz eyleyecektir.

Birinci kitabın dördüncü faslı Kur'an ile Sünnette doğrudan doğruya bahis mevzuu olmayan ve doğrudan doğruya delillere istinat ettirilmeyen hukukî ve adlî meselelerin ne suretle halle iktiran ettirileceğini göstermektedir. Bu usuller, halli matlup bir mesele ile, doğrudan doğruya menbalardan alınmış olan bir delil ile halledilmiş bir mesele arasındaki müşabehet ve mukayeseye ait bulunmaktadır. Bu gün müçtehitlere arzedilen meselelerin bir çoğu, hareket noktasını ancak bu usullerde bulmakta, ve bu usuller vasıtasiyledir ki, gerek fikri beşere ve gerekse kanunu islâmın ruhuna uygun hükümler vücude gelmektedir.

* * *

Yeni bir meseleyi halletmek için, hukuk ilmince kabul edilmiş bulunan şu veya bu kaidenin, o meseleye de kabili tatbik bulunduğunu isbat etmek lâzımdır. Başka bir ifade şeklile, gerek insan ef'alinden ve gerekse insan istimali altında bulunan eşyadan, o meselenin taallûk ettiği hususun, aslı itibariyle meşru, gayri meşru, veya mübah bulunduğunun isbat edilmiş olması gerekmektedir. Ayni zamanda her hangi beşerî bir fiilin bilhassa bir mukavelenin hukuk kaidelerine uygun olup olmadığının ve binaenaleyh, hâkimin hükmetmeğe mecbur bulunduğu bir kıymeti kanuniyeyi haiz bulunup bulunmadığı, hususunun da tesbiti lâzımdır.

Bir şeyin veya bir fiilin yalnız meşruiyet bakımından asla veya anasırına müteallik hükümlerin tesbiti kâfi değildir. Ayni zamanda meşru olduğu kabul olunan o fiil veya şeyin akid ve muamelât şeklinde tarzı icrası hususuna mütedair şekillerin de kanuna mutabakatı ve mahkemelerin o hususa ait hüküm tertip edebilmeleri bakımından bir takım ahkâmı cami bulunması lâzımdır ki, bunlar da vaz'î hükümlerdir.

Gerek asıl ve cevhere ait olan ve gerekse vaz'î hükümlere müteallik bulunan bilumum şer'î hükümler eserimizin ikinci cildinin ikinci kitabının birinci faslının mevzuunu teşkil etmektedir. Bu bahisleri dikkatle tetkik etmiş bulunan bir hukukşinas, isbatına çalışacağı her hangi bir meseleyi birinci kitabın ilk iki faslındaki Kur'an ve Sünnet bahislerinde bahis mevzuu olan delillerin ianesi ve icma ile kıyas yolları için kullanılan usullerin rehberliği sayesinde, istediği kaideyi elde edebilir.

İkinci kitabın ikinci faslı hâkimi mutlak olan Cenabı Hakka ve şer'î hükümlerin menşeine ait malûmatı ihtiva etmektedir.

Yine bu kitabın üçüncü faslı insan ef'alini, şari'in emir ve nehiylerine göre mütalâa etmekte, her hangi bir fiili insaniyi, bir akdi veya mukaveleyi hükmü kanunî altına alabilmek yollarını göstermektedir.

İkinci kitabın dördüncü faslı insanın bedenî ve fikrî kudretlerinden bâhisdir. O kuvvetlerdir ki, inkişafları neticesi olarak ferdi haklarını istimale ve vecibelerine tahammüle ehil ve salâhiyettar kılmakta ve insan mesuliyetinin vücut bulması için lüzumlu şartların nelerden ibaret bulunduğunu göstermektedir. Böyle bir neticeyi elde etmek için de, insanın cenin hayatından itibaren hayatın inkıtaına kadar olan devreleri, yani insan hayatının bütün safhaları doğum, inkişaf, kemal ve inhitat devreleri halinde ayrı ayrı olarak tetkike tabi tutulmuş bulunmaktadır.

İnsan hayatının bütün devreleri, hatta kemal devresi dahi istisna edilmeksizin, bir takım arızalara maruz bulunmakta, ve böylelikle insan ehliyeti zaafa uğramakta ve bu zaaf neticesi olarak da kanun nazarında mesuliyeti tahfif edici neticeler husule gelmektedir. Bütün bu arızalarla hukukî neticeleri, ikinci kitabın dördüncü faslında ayrı ayrı tetkike tabi tutulmuş bulunmaktadır.

* * *

Birinci cildin yardımcı mahiyetinde bulunan fasıllariyle içtihat ve methal kısımlarını mütalâa etmiş olan bir kimse; islâm teşri usulü hakkında esaslı bir fikir edinmiş olur. Böylelikle islâm kanunu umumisini tevsi; yeni yeni zuhur edecek bilcümle muamelâtı bu kanuni umuminin çerçevesi dahiline ithal, tek kelime ile ifade edilmek istenilirse, bu ana kadar mevzuatı Muhammediyenin sahasına girmemiş bulunan bilumum ef'ali bu mevzuanın içerisine alabilmek imkânlarına malik

bulunur. Ancak, islâm kanunu umumisini (tevsi) edebilmek imkânını, bir hudud dahilinde mütalâa etmek lâzımdır. Böyle bir (tevsi) için, (isbat) şarttır. Bu hususta İbni Abidîne atıf suretiyle birinci cildin tarihî malûmat kısmında izahat verilmiş bulunmaktadır. Yine bu mevzua dair burada bir kaç misal zikrini faydalı görmekteyiz.

Poliçe zamanımızda ticarî muamelâtı kolaylaştıran mükemmel bir vasıta olarak kullanılmaktadır. Poliçenin vaktile Araplar arasında müstamel bir husus olmadığı da malûmdur. Gerçi kat'î olarak böyle bir iddiada bulunamazsak da böyle bir muamelenin Araplar arasında mevcudiyetine dair bir emareye destres olamadık.

—Ancak poliçenin İslâm Hukukunda mevcut olmamasına rağmen, islâmîleştirilebilmesi mümkündür. Biz, bunu isbat etmek istiyoruz. Burada bahis mevzu olan keyfiyet poliçenin islâmî olarak meşru ve mübah bulunup bulunmadığı hususudur. Poliçe mübah, ve binaenaleyh meşrudur. Zira menabide poliçenin memnuiyeti ve binaenaleyh keraheti hakkında hiç bir ize tesadüf olunmamaktadır. Gerçi poliçede, poliçeyi veren kimsenin bir kâr hissesi, bir temettü vardır. Ancak bu kâr faiz idadına dahil memnuiyeti muhtevi bir riba değildir. Bu; parasını poliçe ile tebdil eden kimsenin hizmeti mukabili almış bulunduğu bir ücret, bir (ecir) den ibarettir. Poliçe, poliçeyi veren kimsenin (keşideci) poliçe hamiline (muhatap) poliçede muharrer miktar paranın verilmesini havi bir emirdir. Böylelikle poliçeyi hamil bulunan kimse. ahar bir memleketteki kimseden posta masrafı veya sair masraflara lüzum ve hacet kalmaksızın poliçede muharrer parayı olduğu gibi alabilmektedir. Yani poliçeyi hâmil bulunan kimse, böylelikle hiç bir zahmet ve masrafa katlanmaksızın parasını tahsil edebilmek kolaylığını kazanmış bulunmaktadır.

Poliçe her akdin rüknünü teşkil eden icap ile kabule istinad etmektedir. İcap bir kimsenin her hangi bir tüccara, kendisine tediye edeceği meblâğın bir bedel mukabilinde diğer bir memlekette kendisine veya emir ve havalesine ödenmesini teklif eylemesi hususudur. Kabul ise. böyle bir icaba muhatap olan tacirin vaki teklifi kabul eylemesidir. İşte poliçenin İslâm Hukuku veçhesinden şekli bu suretle, bir akid şeklinde taayyün etmektedir.

Umumiyetle sermayedarlarla ticaret erbabı, poliçe ile muamele yapmakta bulunduklarını daima ilân etmek suretiyle bildirmektedir-

ler. İzah etmiş olduğumuz gibi bu, elde bulunan bir sermayenin bedel mukabilinde bir mahalden ahar bir mahalle nakli tavassutundan başka bir şey değildir. Bankalar noktai nazarından ele alındığı takdirde; poliçede icabı, böyle bir meblâğın ahar bir mahalle nakil için banka yapmakta, kabulü de parasını ahar bir yere nakletmek isteyen müşteri ifa eylemektedir.

Kabul daima müşterinin kabulü mutazammın kelimeleriyle ifa olunmaktadır. Misal: Bağdatta ikamet eden Bekirin elinde başka bir memlekette ikamet eden bir akrabasına veyahut birlikte iş yaptığı bir şahsa ait bir para bulunsa da, bu parayı oraya göndermek için poliçe işi ile iştigal eden Zeyd veya Amrın bu hususdaki icabını kabul etmiş olsa, aralarında bu hususa müteallik akid derhal inikad etmiş olur. Zira akdin rüknü; icap ile kabulün yekdiğerine tam bir surette telâhuku dolayısiyle vücut bulmuş olmaktadır. Kezalik, Şamda bulunan ve ikamet eden Amr, Mısırda bir şerikinin mevcut olduğunu ve bu şeriki namına poliçe kabul ettiğini ilân etmiş olsa, bu ilân ile poliçe için icapta bulunmuş demektir. Bekir bu zata müracaat ederek vaki ilândan istifade etmek istediğini bildirmekle icabı kabul etmiş, ve binaenaleyh akid münakid olmuş olur. Bekir, Amre on bin dirhem vererek bu paranın Mısırdaki kardeşine verilmesini ister. On dirhem de ayrıca bu hizmete mukabil, poliçeyi kabul eden Amre tediye eder. Görülüyor ki, her iki âkid de mübadelesini kabul ettikleri nesnenin maliki bulunmaktadırlar. Beyi akdinin illeti bulunan mülkiyet, burada mevcuttur. Kezalik icap ile kabulün tam ve mükemmel bir şekilde yekdiğeriyle telâhuku dolayısiyle beyi akdini meşru kılan sebeb de vardır. Beyi'in bu iki esaslı unsurunun iradelerin tam bir serbestisi dahilinde vücut bulmuş olmasına göre, nifaz şartı vücude gelmiş demektir. Amrin, imzalamış bulunduğu poliçe ise, icap ile kabulün telâhukunu gösteren bir hüccet, ayni zamanda da bir alâmettir. Binaenaleyh hâkim huzuruna arzolunan böyle bir akidde inikad, nifaz ve lüzum şartları tahakkuk etmiş ve icrası lüzumlu ve taarruz imkânı mevcut olmayan bir akid meydana gelmiş bulunmaktadır.

Esasen bu gün hukuk mantıkı, adalet kaideleri ve örf icaplarına göre de böyle bir akdin neticeleri, tamamiyle kabul edilmiş bir haldedir. Poliçeye ait kaideler o suretle taammüm etmiş bulunmaktadır ki, her iki âkit icra eylemiş oldukları akdin bilumum netayicini müdrik

bulunmaktadırlar. Binaenaleyh akdi icradan önce âkidlerin aralarında şart takarrür ettirmelerine hacet yoktur.

Amr, Mısırdaki şerikin poliçeyi kabul ederek tediye etmediği takdirde, Bekirin mesul bulunacağını bilmektedir. Kezalik; Bekir dahi Mısırdaki şerikinin poliçeyi tediyeyi ifa etmediği takdirde, kendisinin ödemek mecburiyetinde bulunduğundan malûmattardır. Bütün bu şartlar, kanunun poliçe ahkâmı için vazetmiş olduğu hükümlerdir ki taraflarca riayet edilmesi mecburîdir. Zira şari' (ahitlerinizi icra ediniz ve ahitlerinize riayetkâr olunuz) diye buyurmuştur. Şu verdiğimiz izahattan da anlaşılacağı üzere poliçe akdi münakit olmuş ve nafiz bulunmuştur. Binaenaleyh icrası lâzımdır.

Parayı yatıran kimse, yani poliçenin hamili, sahibi bulunduğu bir meblâğı ahar bir mahalde bulunan kimseye hiç bir masraf yapmaksızın, hiç bir telikeye maruz bırakmaksızın gönderebilmektedir. Binaenaleyh ortada masrafsız olarak, hiç bir tehlikeye maruz bırakılmadan nakledilen para dolayısiyle bir hizmet mevcut bulunmaktadır. Bu hizmetin bir ecri, yani ücreti bulunması lâzımdır. Binaenaleyh Amrin poliçe dolayısiyle tediye etmiş bulunduğu on dirhem, meşru bir ecirden başka bir şey değildir. Verilen bu ücrette faiz mahiyeti mevcut değildir. ifa edilen hizmet mukabili alınmış olan bir ücret bahis mevzuudur. Gerçi faize müstenit poliçeler mevcuttur. Ancak; bunlardan bütün tafsilâtiyle biraz aşağıda ayrıca bahsolunacakır. Bekir. Amre vermek mecburiyetinde bulunduğu bu ücreti inkâr (ecri misil) edecek olsa tazminat davası muvacehesinde kalır. Zira bütün bu gibi işerle uğraşan, poliçe ticareti ifa eden kimselerin ücret hakları tanınmamış olsa idi, ifa edilen hizmet ücretsiz kalacak ve binaenaleyh netice itibariyle islâm cemiyetinin zararını müeddi olacaktı.

Ancak, Amrin şeriki olan kimsenin tediyeden imtina ettiğinin kat'î bir şekilde sabit olması lâzımdır. İsbat masrafları Amre ait bulunmaktadır. Bekir kendisine imzalanarak verilmiş bulunan poliçenin ademi tediyesinden dolayı, bilumum masrafları Amre yüklemektedir.

Kezalik bu hususta Amre tediye edilmiş bulunan hizmet ücretini de Amr Bekire tazmin etmekle mükelleftir. Zira İslâm Hukuku, aharın zararını hiç bir suretle kabul etmemektedir. Görülüyor ki, poliçe

gerek bir akid olması bakımından, ve gerekse hukukî neticeleri itibariyle tamamiyle islâmî mahiyette bir muameledir.

* * *

Zamanımızda çok taammüm etmiş ve tüccarlar arasında yerleşmiş bulunan (Çek) de tamamiyle meşru ve islâmî olarak sahih bulunan bir muameledir.

Çek, muhafazası hususu bir bedel mukabilinde bir kimseye tevdi edilmiş bulunan meblâğın, (vediai mecure) ceste ceste, o kimseden alınması için kullanılan bir usulden ibarettir.

Vedia, yani emanet İslâm Hukukunca meşru olarak sayılan hukukî bir muameledir. (Ehline emaneti tevdi et) mealindeki emri celile istinat etmektedir. Serbest bir iradeye tabi bulunan şartlar dahilinde, vaki emanet akdine riayet edilmek mecburiyeti vardır. Misal: Servet sahibi olan Amr ticaretle iştigal eden Zeyde giderek maliki bulunduğu on bin dirhemi kendisine emaneten bırakmakta, ihtiyacı oldukça azar azar bu parayı çekeceğini şart koşmaktadır. Zeyd bu külfeti kabul ediyor. İşte bu icap ve kabul ile akid inikad etmiş, (rükün) teessüs etmiştir. Zeydin tevdi etmiş bulunduğu meblâğı Amrin almış bulunması hususu, akdin hüccet ve alâmetini teşkil etmektedir. Zeyd sırf muameleyi teshil bakımından fazla bir alâmet olarak, Amre bir karne vermektedir .Amr paraya ihtiyacı oldukça bu karneden bir yaprak koparmakta, alacağı mikdarı ve tarihi yazarak imzasını koymakta ve bu varakayı hizmetçisi veya ahar bir kimseyle Zeyde göndermektedir. İşte karneden koparılan bu varaka bir çekten başka bir şey değildir. Bu çek evvel emirde Zeyde tevdi edilmiş bulunan paranın bir kısmının çekildiğini gösteren bir vesika, bir hüccet; saniyen iki âkit arasında münakid mukavelenin icraya başladığını gösteren bir alâmettir.

Çek, ayni zamanda sermaye yerinden kımıldamaksızın, şehirler arasında bu sermayeyi nakletmek vazifesini görmektedir ki, münasebatı tüccariyeye bu hususta da büyük yardımlarda bulunmaktadır. Çekin bu hususta ifa ettiği vazife, İslâm Hukukunda beyi kaidelerine uygun bulunmaktadır. Bu hal İslâm Hukukundaki, terabüh suretiyle beyi' den başka bir şey değildir. Misal: Bir banka çek çıkarmıştır. Bu çeki parasını vererek satın alan kimsenin, ayni parayı ahar bir memlekette çeki ibraz etmek suretiyle geri alacağını gösteren bir satış muamelesi-

dir. Çeki satan (Bayi) banka olup, alan ise müşteridir. Bankanın bulunduğu şehir halkı kâmilen o bankanın çek sattığını bilmektedir. Banka çekte yazılı olan meblâğı satmakta, yani müşterinin memlekette geçmekte bulunduğu parası mukabilinde, başka bir memlekette geçecek olan çekte muharrer parayı satmaktadır. Daha açık bir ifade ile, Arabistanda geçen parayı satın almak suretiyle, Fransada geçen bir parayı müşteriye bey etmekte ve böylelikle tamamiyle bir beyi akdi inikat eylemektedir. İstanbulda ikamet eden bir tacir, Fransaya para göndermek ihtiyacındadır. İkamet etmekte bulunduğu şehirde bu işle uğraşan bankaya müracaat ederek (.... Türk lirasına mukabil frank satıyor, veya franka mukabil Türk parası satın alıyormusunuz, satacağınız frank Fransada ödenecektir. Ve bu satış için ne bedel istiyorsunuz.?) diye sorar banka kendisine (evet Türk lirası mukabilinde Fransada ödenmek üzere, bir Türk lirasını yirmi iki frank bedel üzerinden satıyoruz, veya, evet Fransada ödenmek üzere bir Türk lirasını yirmi iki frank bedel ile alıyoruz.) cevabını verir. Her iki halde de banka bir icapta bulunmaktadır. Müracaat sahibi bedeli uygun gördüğü takdirde muvafakat etmek suretiyle kabulde bulunur. Ve binaenaleyh akid de inikad etmiş olur. Müşteri lâzım gelen Türk parasını bankaya tediye ederek mukabilinde, Fransada tediye edilmek üzere bir çek alır. Görülüyorki, İslâm Hukukunun kabul etmiş bulunduğu kaidelere tamamiyle uygun bir beyi muamelesi cereyan etmiştir. İnikad, nifaz vè lüzum bakımından tamamiyle riayet edilmesi mecburi bulunmaktadır. Tarafların serdetmiş olduğu mevzu şartlar tamamiyle yerindedir. Anlaşılan bedel içerisinde, bankanın ifa etmiş olduğu hizmetin ücreti de dahildir. Muamele tamamiyle tarafların serbest iradelerine telâhuk etmiş bulunmaktadır.

Çekde de, poliçede olduğu gibi müşkiller başgösterebilir. Tamamiyle islâmî mahiyette bulunan bu akdin de tevlit edeceği zarar ve ziyanlar, zarar ve ziyan davalarına mevzu teşkil eder. Görülüyor ki, gerek poliçede olsun ve gerekse çekde olsun aslî ve vaz'î bütün İslâm Hukuku kaideleri mevcuttur. Her iki akid de bu aslî ve vaz'î kaidelere uygun bulunmaktadır. Binaenaleyh bu akidlerin her ikisi de helâl ve caizdir. Her helâl ve caiz olan akid gibi, bunlar da sahih, fasid ve batıl olabilirler. Sahih oldukları takdirde, vaz'î olan bilumum hükümler bu akidlerde de kabili tatbiktir.

Arzettiğimiz bu iki misal İslâm Hukukunun (ittisa kabiliyeti), ve binnetice zenginliği ve şer'î vasıtalarının mebzuliyeti hususunda en müşkülpesentleri dahi ikna edecek vaziyettedir. İmamı Azam ile şakirtlerinin tesis etmiş bulundukları bu hukuk, her hangi bir meselede islâm vicdanına uygun düşecek bir hükmü hukukîyi tesis etmek isteyen hukukcu için bütün vasıtaları cami bulunmaktadır. Yeter ki bu hüküm mantıka ve Kur'anda mezkûr hükümlerle, Allahın Resulünün Sünnetine uygun ve mutabık bulunmuş olsun. Bu hususda her türlü şüpheyi izale için büyük bir müşkülün izahına da girişmek, şimdiye kadar islâmîleştirilmesine imkân olmayan bir mesele diye telâkki edilen faiz bahsini ele almak zaruretini duymaktayız.

Faiz bahsine şimdiye kadar müteaddid vesilelerle temas etmiş bulunmaktayız. Bu hususta vermiş olduğumuz misallerde daima şahsî mütalâalardan içtinap etmiş, hatta faiz için Kur'anda mevcut bulunan (Allah faizi haram kıldı) mealindeki hükmü celili, el sürülmez nass olarak kabul etmiş bulunduğumuzu işaret eylemişdik. Bu tarzı hareketimizin sebebi, faizi men eden hükmün ilk vehlede kat'î ve mutlak bir memnuiyeti ihtiva eder bir halde görülmesidir. Binaenaleyh bu bahsi hususî bir itina ile, faize müşabeheti bulunan meselelerden tefrik etmek suretiyle tetkik etmek icab eder.

Faizi men eden yalnız İslâm Hukuku değildir. İslâmiyetten çok evvelki tarihlerde de faizi men eden kanun vazıları, faizin aleyhinde bulunan feylezoflar zuhur eylemiştir.

İslâmiyette faiz, Cenabı Hakkın sarih, kat'î ve nass halinde bulunan emri ile men edilmiş, bu emri ilâhî Hazreti Peygamberin vüsuku kat'iyetle temin edilen hadîslerinden birisi ile mükemmel bir surette izah ve tefsir olunmuştur. Bu hadîsin mealinden bir çok kerreler bahsetmiş olmakla beraber, burada mezkûr hadîsin aslını aynen vermeyi lüzumlu addetmekteyiz. Hadîs aynen şöyledir. (Lâ tebii'z-zehebe bi'z-zehebi ve le'l-veraka bi'l-veraki ve le'l-burre bi'l-burri ve le'ş-şaire bi'ş-şairi ve le't-temre bi't-temri ve le'l-milha bi'l-milhi illâ sevâen bi-sevâin aynen bi-aynin yeden bi-yedin).

Hazreti Peygamber bu hadîsi ile müslümanlar arasında müsavi mikdarda olmayan maddelerin yekdiğeriyle mübadelesini men etmektedir. Bu hadîsi takip eden diğer satırlarda Peygamber. müslümanları

yekdiğerine müşabih olmayan şeylerin mübadelesi hususunda da serbest bırakmaktadır. Yekdiğerine müşabih olarak mübadele olunan şeyler arasında, ziyadelik bulunmaması, kıymetçe yekdiğerine müsavi olması hususunda ise şöyle buyurmaktadır: (Fe-men zâde ve'stezâde fekad erbâ, el-âhizu ve'l-mûtî fîhi sevâun).

Şimdi Hazreti Resulün bu sözlerinin mealini izah edelim: Buyuruyorlar ki, «Altını altınla, gümüşü gümüşle, buğdayı buğdayla, arpayı arpayla, hurmayı hurma ile, tuzu tuz ile ancak ve ancak yekdiğerine müsavi mikdarda olmak, yekdiğerinin ayni bulunmak ve bizzat kendi elinizle diğerinin eline vermek (bundan maksad ihtikâra sebebiyet vermemek içindir.) suretiyle mübadele ediniz. Bu mübadele esnasında bir miktar fazla veren ve bu fazlayı kabul eden kimse memnu olan (faiz) fiilini ika etmiş olmaktadır. Bu fazlayı kabul eden (âhiz) veren (mûtî) ayni suretle her ikisi de mücrimdirler»

Bu hadisin heyeti umumiyesi sarahat ile, bilfarz buğdayın buğday ile, altının altın ile mübadelesinde olduğu gibi, (ayni aynine) olan mübadeleleri memnuiyet hududları içerisine almakta, ayni aynine olmayan muhtelifü'l-cins maddelerin mübadelesini serbest bırakmaktadır. Muhtelifü'l-cins olan maddeleri mübadelede ferde tam bir serbestî bahşetmektedir. Ashab, tabiîn, tabei tabiîn ve bunlardan sonra gelen bütün islâm hukukçuları şari'in emrini bu suretle anlamış ve bu suretle tatbik edegelmişlerdir. Hazreti Peygamberin Hadîsine göre altın veya gümüş olarak bir meblâğ borç verilebildiği gibi, borç olarak da alınabilir. Ancak; gerek borcun tediyesinde ve gerekse istîfasında bir fazlalık olduğu takdirde (zade ve istizade) yani verilen borçdan fazla bir mikdar geri alındığı halde, şari'in emrine göre, bu fazlalık haram ve binaenaleyh memnu bir fiil sayılmaktadır. Gerek birinci cildin tarihî malûmat kısmına ve gerekse bu cildin ilk kısmında işaret ettiğimiz veçhile İmamı Azamın talebelerinden bulunan Ebû Yusuf, Halife Mansur zamanında faizin meşruiyetini isbata teşebbüs etmiş ve fakat bu teşebbüs gerek üstadı bulunan Ebû Hanife ve gerekse ders şeriki İmam Muhammed tarafından reddedilmişdi. Bu red keyfiyetinden sonra, vaziyet olduğu gibi zamanımıza kadar devam etmiş bulunmaktadır.

Bununla beraber şu cihetide kaydetmek lâzımdır ki, herkesin bil-

diği gibi, o zamandan beri ticarî ihtiyaçlar artmış ve bilhassa muamelelerini genişletmek isteyen ziraat erbabı ile mülk sahiplerinin zaruretleri fazlalaşmış, araziyi işletmek, yeni yeni toprakları işlenmiş arazi meyanına katmak için, kendilerine verilmiş olan borç paralar için bu kimseler tarafından bazı menfaatlar gösterilmek usulleri kabul olunmuştur. Ancak bu husus dahi faiz meselesinden tefrik edilmiş, zirai ve ticarî ihtiyaçlarını temin için almış oldukları meblâğa karşılık verdikleri meblâğı, faiz namı ile değil büsbütün başka bir akid şeklinde, kendilerine ihtiyaçları için para veren kimsenin bu hizmetine mukabil ücret olarak ita etmiş bulunmaktadırlar. Borç veren kimsenin borç vermek suretiyle ifa etmiş bulunduğu hizmete mukabil, borçlunun tediye ettiği bedel hususunda yapılan akid şekilleri; muhtelif ve mütenevvi bulunmaktadır. Bütün bu muhtelif şekillerin cümlesi de kanunun ruhuna uygun olup hâkim nazarında hukukî kıymeti haiz akidlerdir.

Eşhas arasındaki borç alıp vermeyi kolaylaştıran meşru vasıtalar bunlardan ibaret bulunmaktadır. Bu vasıtalar basit olup, âkidlerine fazla bir bedele mal olmamakta ve muamelâtı teshil bakımından faideler sağlamaktadır. Meşrudur: zira bu muamelelere ferdlerin ifasına mecbur bulundukları işleri teshil maksadiyle müracaat edilmektedir. İslâmiyette ise; suhulet en esaslı bir unsuru hukukîdir. Cenabı Hak (İşleri kolaylaştırınız, güçleştirmeyiniz.) buyurmaktadır. Nitekim islâm camiasında daha başka mahiyette olan ikraz müesseseleri zuhur edinceye kadar, eşhas, bu kabil akidler suretiyle ihtiyaçlarını temin etmişlerdir. Bilâhare başka başka ihtiyaçların zuhuru ile yeni yeni müesseseler vücut bulmuştur. Bu müesseseler şunlardır.

1 — Şirket halinde tesesüs etmiş bulunan müesseselerin esham suretiyle, çıkarmış bulunduğu sehimlerin havi bulunduğu faizler.

2 — Devletin efraddan yapmış olduğu borçlar,

Esham çıkarmak suretiyle şirket tesisi tamamiyle meşru bir muameledir. Kanunu Muhammedî bin üçyüz sene evvel âkitlerden birisinin sermayeyi koyması, diğerinin amelini arzetmesi suretiyle şirket tesisini kabul etmiş bulunmaktadır. Bugün dünya yüzünde gördüğümüz büyük şirketlerin ekserisi, bu neviden şirketlerdir. Bankerler, zenginler, mühendisler, ziraatçılar büyük büyük teşebbüslere giriştikleri zaman, bir şirket vücude getirmekte ve böylelikle gerek yapacakları işi, gerek icra edecekleri ticarî muameleleri kolaylaştırmaktadırlar. Bilfarz

nafiaya ait bir şimendifer yolunun yapılması, bir şosenin inşası, bir liman veya köprünün vücude getirilmesi gibi hususların cümlesi de şirketler vasıtasiyle ele alınmaktadır. Bu gibi teşebbüslere girişecek olan kimseler sermayedarlardan lüzumlu sermayeyi temin etmekte ve bu temin ettikleri sermaye dolayısiyle, hasıl olacak kârı sermayedarlarla beraber taksimi taahhüt eylemektedirler. Binaenaleyh bu gibi teşekküllere her nevi insan, edip, sanatkâr, şair, kim olursa olsun, iştirak edebilmektedir. Her birisinin şirketten almakta bulunduğu temettü bir esasa istinat etmektedir. Sermayedar, vermiş olduğu sermayenin kârını, zengin adam, zenginliğinin semeresini, bilfarz çalışan da, mesaisinin neticesini iktitaf etmektedirler. İşte Kanunu Muhammedînin (şirketi müdarebe) ünvanı ile kabul etmiş olduğu şirket de bundan başka bir şey değildir. Şirket işe başladıktan, muayyen bir zaman sonra bütün şeriklerini davet etmekte, işler hakkında malûmat ita ederek mevcud bulunduğu takdirde hasıl olmuş olan kârı, hissesi nisbetinde her şerike taksim eylemektedir. Görülüyor ki, bu muamelede de İslâm Hukukuna aykırı bir cihet yoktur. Tamamiyle meşru ve tamamiyle İslâm Hukukuna uygun bulunmaktadır. Binaenaleyh bu neviden olan bilumum muamelât, İslâm Hukuku muvacehesinde, meşruiyet vasfını taşımaktadır. Ancak öyle zamanlar ve hadiseler olabilir ki şirketin sermayesi teşebbüs edilen işe kâfi gelmez, sermaye sahiblerinden yeni meblâğlar istenilmesine de imkân yoktur. Bu gibi hallerde şirket faiz vermek suretiyle yeni tahviller meydana çıkarır, işte Kur'anın sarih hükmü muvacehesinde faiz diye meydana çıkarılan bu tahviller, haram addedilmek icap etmektedir. Devletin akdeylediği istikraz muamelelerine gelince, vaziyet bundan başka bir şey değildir. Devlet her şeyden evvel istikraz muamelesine niçin girişir? Belli başlı sebebler, hariçten gelecek her hangi bir tecavüze karşı kendini korumak için müdafaa vasıtalarını ihzar veya asarı nafia vücude getirmek suretiyle memleketin inkişafını sağlamak ve ammeyi böylelikle refaha kavuşturmak içindir. Devlet bu sebebler tahtında yapacağı istikrazları ya hariçten ve yahut ta dahilden kendi tebaası arasından temin eder. Çıkaracağı tahvilleri zengin, fakir her iktidarı olan kimse alabilir. Bu tahvilleri alanların bazıları istikrazın gayesine göre, vatanî hizmet ifasını düşündükleri gibi, bazıları da bunun temettüünden istifade etmek veyahut ellerindeki sermayeyi devlet gibi emin bir mahalle yatırmış olmak gayesini takip ederler.

Yukarda şirketlerin faiz ile çıkardıkları tahvillerde işaret etmiş olduğumuz gibi devletin de böyle, faizle tahvil çıkararak, istikrazda bulunmasının haram addedilmesi icap eder.

Ancak İslâm devletleri bütün bu hükme rağmen sınaî ve ticarî şirketlere tahvil çıkarmak müsaadesini bahşetmiş bulunmaktadırlar. Kezalik bundan başka bizzat devlet olarak da bu suretle tahviller çıkarmışlardır. Şu halde, bu müslüman devletler, haram olan bir fiili mi ika etmişlerdir.? Hayır, bilâkis iradei ilâhiyeye mugayir hiç bir harekette bulunmamışlardır. Cenabı Hak (Müslümanlık bir kolaylık olup güçlük değildir.) buyurmaktadırlar. İmdi, bu emri ilâhi muvacehesinde yukarda zikrettiğimiz faize müstenit tahvillerin meşruiyetini kabul etmemek, islâm memleketlerinde teşekkül etmiş bulunan büyük büyük şirketlerin tahvil çıkarmamasını, devletin istikraz akdedememesini kabul etmek ve binnetice şari'i azamın (kolaylık) diye tavsif buyurdukları bir kanunu güçlükten ibaret telâkki eylemek neticesine varmış olur. Dahası var; Cenabı Hak (İslâmiyette zarar ve ziyan yoktur) buyurmaktadır. Bu emri celil muvacehesinde faize müstenit istikraz akidlerini kabul etmemek islâm âlemi için hesab edilemeyecek zararlar tevlit edecek, İslâm âleminde garpta emsali görülen muazzam ticaret ve sanaat müesseseleri kurulamayacaktır. Zira böyle bir memnuiyet muvacehesinde kurulmuş olan şirketlerin zamanın icablarına göre, akdetmek mecburiyetinde kaldığı istikrazlara imkân vermeyecek ve binaenaleyh bütün bu müesseseler sönmeye mahkûm olarak, sermaye olarak para yatırmış bulunan kimselerin servetini de birlikte mahva sürükleyecektir.

Faizle istikraz akdinin kabulü için üçüncü mukni bir sebeb daha vardır ki, biraz yukarda zikrettiğimiz Kelâmı İlâhiyeye müstenit bulunmaktadır. Müslüman olmayan sair devletler, faizle istikraz akdini mübah addetmekte ve bu muameleye serbestçe tevessül suretiyle harbe hazırlanabilmekte ve sulh zamanında ise memleketlerini ve binnetice tebaalarını refaha kavuşturacak her türlü büyük müesseseleri kurmaktadırlar. Böyle bir hal muvacehesinde faizle istikraz akdini men etmiş olan bir İslâm devleti, hristiyan devletlerin malik bulundukları bir kolaylıktan mahrum bulunacak ve bu mahrumiyet dolayısiyle o devletlerin eriştikleri terakki merhalesinin dununa düşmüş olacaktır. Bir islâm devletinin diğer devletler muvacehesinde böyle bir madun hale düşmesi keyfiyeti, o devlet için bir (zarar) dan başka bir şey değildir. Böyle

bir zarar ki, tabiiyeti altında bulunan ferdleri de izrar etmektedir. Halbuki Cenabı Hak müslüman olan bir kimsenin zarara sebebiyet vererek aharı izrar etmesini günah ile muatep kılmaktadır (Lâ zarara velâ zırâra fi'l-islâm). Kaldı ki, ayrıca Cenabı Hakkın (İslâmiyette kolaylık mevcut olup güçlük yoktur.) emri celiline de itaatsizlik edilmiş olmaktadır.

Yalnız bütün bu izahatımız gerek devletin ve gerekse şirketlerin menafii amme veya ticaret veya sanayiin inkişafı dolayısiyle ihraç edilmiş bulunan faizle istikrazlara ait bulunduğunu işaret etmek isteriz. Şirketlerin veya devletin münhasıran servet gayesi ve para kazanmak hirsı ile vaki istikrazlarının bu izahatımızla alâkası mevcut değildir. Bu iki nevi istikraz da meşruiyeti tevlit eden menafii amme dolayısiyle vaki olmalarıdır. Ancak bu kabil istikrazlara (meşru) vasfı verilebilmektedir.

Şu kısa istidrattan sonra izahatımıza devam edebiliriz. Gerek Kelâmullaha ve gerekse Resulünün sözlerine müstenit bulunan delillere istinad etmek suretiyle faize müstenit istikrazların mantıkî sebeblerini izah etmiş bulunmaktayız. Burada (mantıkî) kelimesini de kullanmakta olduğumuza dikkati çekmek isteriz. Zira islâm akaidine göre, Cenabı Hak insanlara aklı, ondan istifade etsinler diye bahş buyurmuştur. Binaenaleyh haramı helâldan tefrik edebilmek de bir akıl ve mantık meselesidir. Cenabı Hakkın insanlara bahş buyurmuş olduğu akıl vasıtasiyle bir hususun doğru olduğu kabul edildikten sonra, o husus vahye müstenit delillere tatbik olunur. Bu delillere de uyduğu takdirde artık o hususa verilecek hüküm, (sahih) hükmünden başka bir şey olamaz. Vahye müstenit delillere tevafuk etmeyen mantıkî ve aklî neticelerde ise, hukukî bir kıymet aramak abestir. Mantıkî ve aklî bir netice olarak, meşru telâkki edilen faiz ve istikrazın hukukî olan rüknü, yani vahye müstenit bulunan delilleri yukarda zikredilmiş bulunmaktadır. Bu deliller asrî bir cemiyet hayatı ile medenî memleketlerdeki tatbikat, icap ettirdiği takdirde, müslüman devletleriyle hristiyan devlet tabiiyeti altında bulunan müslümanların faiz ve istikraz muamelesine müracaat edebileceklerini sarahatan göstermektedir.

Bunun aksini mütalâa etmek yani böyle bir ihtiyaç halinde bu muamelenin memnuiyetini iddia eylemek islâm cemiyetini, güçlüğü orta-

dan kaldıracak ve kolaylığı meydana getirecek olan bir vasıtadan mahrum etmek, islâm içtimaî nizamını büyük büyük zarar ve tehlikelere maruz bırakmak demek olur. Kitabımızın muhtelif yerlerinde de işaret etmiş olduğumuz veçhile islâm cemiyetini takviye ve sair memleketlerle müsavi bir dereceye çıkarmak için zaman terakkiyatının vücude getirmiş olduğu vasıtalardan faydalanmamak islâmî prensiplere tamamiyle aykırı bir hareket teşkil eder. Zira böyle bir hareket Muhammed ümmetini sair akvamın erişmiş bulundukları medeniyet seviyesinin aşağısında bulunduracak ve maksadı vücudü (insanların saadeti) olan bir dinin maksadı aslisini tebdil eylemiş olacaktır.

Meseleyi biraz daha derinleştirirsek, kanunu umuminin bu hususta esaslı bir tadile tabi tutulması lüzumunu idrak etmiş oluruz. Bir kaç kerre işaret etmiş olmakla beraber, bir kerre daha tekrar etmek isteriz ki, emri ilâhi zamanın değişmesiyle ahkâmın da değişebileceğini âmir bulunmaktadır. Bu değişme keyfiyetinin usulü fıkıh'ın göstermiş olduğu esas kaidelere göre, olacağı gayet tabiidir. Kanunda yapılacak herhangi bir tadilin, menbalardan istihraç edilmiş olan esas kaidelere uyması elbette lâzımdır. Binaenaleyh faizle istakraza ait hükümlerin de zamanın ve medeniyeti hazıranın istilzam ettiği ihtiyaçlara uygun bir şekilde, menbalara mutabık bulunmak, şartı ile tebdil ve tadil edilmesi zaruridir. Zaruretlerin tevlit ettiği böyle bir ihtiyaca uygun hareket etmemek, emri ilâhiye ademi itaattan başka bir şey değildir.

Faizle istikrazın mübah telâkki edilmesi için istinad etmiş bulunduğumuz delil ve mülâhazalar bunlardan ibarettir.

* * *

Maruzatımızı ikmâl için meseleyi başka bir noktai nazardan da ele almak lâzım gelmektedir. İslâmiyetin bu gün içtinap imkânı bulunmayan bir zaruretin tahtı tesirinde bulunduğunu kabul etmek lâzımdır. Hakikat şudur ki, sair memleketlerde cereyan etmekte olan tatbikat islâm cemiyeti için, adeta manevî bir ikrah, bir cebir vaziyeti ihdas etmiş bulunmaktadır. Müslüman, ayni cemiyet içerisinde yaşadığı kimselerin yapmakta bulundukları aynı istikraz akdini yapamamakla beraber zararlara uğramakta Cenabı Hakkın iradesi haricine çıkmaktadır. Uğramış olduğu bu zararlar müslümanı büyük bir nüfuzun tahtı tesirinde bulundurmaktadır. Zira, bu kolaylıktan istifade ederek yaşıyan sair

kimselerin böyle bir kolaylıktan yapmakta oldukları istifadeyi müslüman elde edememektedir. Binaenaleyh müminleri böyle bir cebir ve tazyikten kurtarmak için de faizle istikraz usulünün kabul edilmesi bir zarurettir. Kaldı ki, bu zaruret, yukarda zikretmiş bulunduğumuz delîller ile de, sübut mertebesine ermiş bulunmaktadır. Binaenaleyh faizle istikraz muamelesinin (illeti) içinde bulunduğumuz terakkiyatı hazıradır. Sebebi ise, yukarda da zikretmiş olduğumuz veçhile, islâm cemiyetini zamanın istilzam ettirdiği seviyeye çıkarmak için, kanunî hükümlerin zamanın icabına tekemmül ettirilmesi zaruretidir. Buraya kadar vermiş olduğumuz izahat ile bugünkü asır kanunlarının kabul etmiş oldukları bilumum hükümlerin islâmlaştırılması imkânını ve binaenaleyh İslâm Hukukunun ittisa bakımından bütün kanunların fevkinde bir mükemmeliyeti haiz bulunduğunu her türlü şüpheden azade bir şekilde anlatmış bulunduğumuzu sanmaktayız.

* * *

Garp mütefekkirlerine bu iki küçük cildden müteşekkil eserimizi takdim etmiş olmakla bütün Avrupa kanunlarının islâmlaştırılması gibi muazzam bir işi başarabilmek vasıtasını ihzar etmiş olduğumuzu iddia etmeyeceğiz. Bu başından büyük bir iddiaya girişmektir ki, hayatımızın bütün seyri esnasında bu kabil mubalâğalı iddialara girişmekten daima hazer etmiş bulunmaktayız.

Biz bu eserimizle, islâm medeniyetini içerisine alacak olan muazzam hukuk abidesinin küçük bir malzemesini vermiş olmaktayız. Bu abidenin bilumum malzemesi İslâm Hukukunu teşkil eden dört aslî menbada mebzul bir şekilde mevcut bulunmaktadır. Bu menbaların esaslı bir surette tetkik edilmesi ve öğrenilmesi lâzımdır. Elinde şu verdiğimiz küçük eser bulunan bir garp mütefekkirinin, her hangi bir kanunu islâmileştirebilmesi için Kanunu Muhammedînin bu dört rüknü aslisini öğrenmeğe mecburdur. Ancak; bu suretledir ki, eline vermiş olduğumuz şu küçük eseri istimal edebilecek ve böylelikle ilk üç islâm neslindenberi, geçen uzun zaman içerisinde vücut bulmuş ve garp dünyasında yer edinmiş hukuk hükümlerini islâm kanununun çerçevesi içerisine islâmîleştirmek suretiyle ithal edebilecektir. Kur'an, İngiliz, Fransız ve Alman dillerine tercüme edilmiştir. Kezalik Sünneti Peygamberî de (Castallani) tabı olarak Buharînin tercümesinde mevcuttur. Sün-

neti Peygamberînin tetkiki hususunun güçlüğünden ve bilhassa hadîslerin adedinin ihtilâflı bir surette çokluğundan bahsedilmektedir. Bu, yanlış bir telâkkidir.

Hadîsleri muhtevi eserleri zikir ve tadat etmiş olduğumuz zamanda bu eserlerin ne gibi bir itina ile hazırlanmış olduğunu ve ne kadar sahih bulunduğunu söylemiş idik. Her hadîsin intikal hususuna o kadar itina edilmiş bulunmaktadır ki, bunun hilâf olduğuna şüphe edilememektedir. Esasen şüpheli olan hadîsler tefrik edilmiş ve şüpheli bulundukları işaret olunmuştur.

Teferruattan daima içtinap etmek imkânı mevcuttur. Teferruattan kurtulmak suretiyle de tetkikata devam etmek imkânı vardır. Ancak şurasını nazardan uzak tutmalıdır ki, tahlil olmadan terkip meydana getirilemez. Binaenaleyh teferruatı tamamiyle atmak isteyen kimse, tahlil vücude getirmeden terkibi meydana çıkarmak isteyecektir ki, böyle bir halin vahim neticeler tevlit edeceği de şüpheden azadedir.

Gerçi tahlil güçtür. Ancak tahlilin istilzam ettirdiği sabrı göstermeyen kimse, iştigal ettiği hususun hakiki mahiyetine hiç bir suretle erişememektedir. Ne kadar iktidar sahibi olursa olsun, teferruata kadar inmek zahmetini ihtiyar etmeyen kimse, garip ve garabeti nisbetinde de tehlikeli nazariyeler vücude getirmek tehlikesi muvacehesinde bulunacaktır. Halbuki, sabır ve sükûnetle mütevazıane çalışan kimse teferruatı da nazara aldığı takdirde büyük ve hakikaten sıhhate mukavim işler başarabilmektedir. (Pasteur) bunun canlı bir misalidir. Bilâ tetkik hadîs ilmini müphem, gayri muayyen ve her müçtehide ait ayrı bir hadîs bulunduğu yolundaki iddialara verilecek cevabımız bundan ibarettir. Kaldıki hakiki bir müçtehit, hiç bir zaman kendiliğinden hadîs uydurmadığı gibi, hadîsin mânayı hakikisini de tağyir edemez. Böyle bir hal islâmiyette dîne karşı en büyük bir küfürdür. Eserimizin ikinci cildinin birinci kitabında bu hususa ait misaller mevcuttur.

Hadîs ilminin en güç tarafı arapcayı iyi bir surette bilip bilmemekte kendisini göstermektedir. Maahaza lisan dolayısiyle bu hususu iyi bir surette tetkik edemeyecek olan bir garplının, İslâm Hukuku menabiini iyi bir surette bilen müslüman ulemasından birisine müracaatı her zaman kabildir. Bu vasıta ile kendisinin bizzat yapamayacağı tetkikatı esaslı bir surette ifa etmiş olur. Bu suretle elde edilecek deliller ianesiyle eserimizden istifade edilmek suretiyle neticeye muvaffakiyetle varılmış olur.

Hülâsa: Bu eserimizle arzetmekte bulunduğumuz, İslâm Usul Hukukunu ve birinci cildde vermiş olduğumuz tarihî malûmatı tetkik etmek zahmetini ihtiyar edecek bir garp âlimi, müslümanların kabul edebilecekleri bir halde memleketi kanunlarını islâmileştirmek, arzu ettiği takdirde; ya İslâm Kanunu umumîsinin dört esaslı safahatı bizzat tetkik etmek veyahut ta bu kanunu hakkıyle bilen bir İslâm âliminin yardım ve ianesiyle bu tetkikatı icra eylemek mecburiyetindedir. Ancak böyleliklediır ki, Asya ve Amerika'nın muazzam bir kitlesini teşkil eden İslâm câmiasına kayda şayan bir hizmet ifasiyle kalmayacak, aynı zamanda aynı vatan parçasını işgal eden muhtelif din ve mezhebdeki vatan çocukları arasında ahengi tesis etmek suretiyle durmadan yürüyen medeniyetin cemiyet içerisindeki istikrarını sağlayacaktır.

* * *

Usul'ü öğrenmekle İslâm Hukukunun ana menbalariyle diğer iki menbaının öğrenilmesi hususu kolaylaşmış bulunmaktadır. Garp hükemasının Kur'anda meftun oldukları hususlar bazı sıhhî, içtimaî ve ahlâkî bahislere ait hususlardır. Bu muazzam abidenin havi bulunduğu teşri kıymetini hiç birisi anlayamamış, lâyık olduğu mevkii verememişlerdir. Bunu, hiç bir mübalâğaya sapmış olmadan iddia etmekteyiz. Sünneti Peygamberî için de vaziyet böyledir. Zira bu iki aslî menbaı tetkik etmek lâzım gelen (usul) dan tamamiyle bîgâne bulunmaktadırlar. Ancak, usul vasıtasiyledir ki, bu iki aslî menbadaki hükümler istihraç olunabilmekte ve İslâm dinine uygun ahkâmının teşrii kabil olmaktadır.

Amme efkârına arzetmiş olduğumuz bu eser iddiamızın bürhanını teşkil edecektir. Eserimizi dikkatle okuyacak olan ihtisas sahibleri menabii tetkik etmeden önce dahi iddiamızın isbatını tasdik edeceklerdir.

S O N

Sahife	Satır	Yanlış	Doğru
29	3	tatbikini	tasnifini
30	3	sual	usul
30	26	Ebû-afer	Ebû-Cafer
31	23	büyük ilmî	büyük, ilmî
32	17	İmamı Muzaffer'üd-Din	İmamı Muzafferü'd-Dîn
32	24	fukuhadan	fukahadan
32	29	göstermede,	göstermeden,
33	2	Epuration	Épuration
33	14	(Müçtehün-fi'l-itikat)	(Müçtehidün fi'l-itikad)
33	17	(Müçtehidün fi'l-Umur	(Müçtehidün fi'l-Umur)
33	26	muakipleri	muakkipleri
33	28	Fukuhanın	Fukahanın
34	20	tereddüp	terettüp
36	24	takdirde misal:	takdirde. Misal:
36	33	görmüş,	görüş,
37	28	temizleyicidir, (mutahhir)	temizleyicidir (mutahhir)
38	17	ettileri	ettikleri
39	7	Asrî	asrı
41	2	bulunmaktadır.	bulunmaktadır.)
41	4	benzemeyerek	benzemeyecek
43	4	mülâsatan	hulâsatan
43	21	olmasınada	olmasına da
44	19	fukuhanın	fukahanın
44	21	fukuhanın	fukahanın
45	14	fukuhası	fukahası
46	30	Hukukı	Hukukî
48	8	edebilme,	edebilme
48	36	kelimesi. yol	kelimesinin mânası, yol
48	36	(Guide) manasıdır.	(Guide) demektir.
56	9	Hatt u hareketini	hattı hareketini
56	13	hatt u harekâtına	hattı harekâtına
59	9	istihabda	istishapta
63	24	kmse	kimse
70	16	(yusür)	(yüsür)
71	5	hattu	hattı
72	14	(İnzal	(İnzal)
75	8	Kur'anı Tevrat	Kur'anı; Tevrat
75	25	sekilden	şekilden
76	21	(Vad ü vaîd)	(Va'd ü vaîd)

Sahife	Satır	Yanlış	Doğru
76	22	efsafı	evsafı
78	29	Medîne'nin	Medenînin,
85	7	icabına	icabında
86	13	(Elfazü'l-Âmme Les	(Elfazü'l-âmme-Les
88	15	biriliği	birliği
89	26	bey'i	beyi'
90	31	akidi	âkidî
90	31	Şimdi	İmdi
90	32	akidi	âkidi
90	32	edeceğne	edeceğine
90	32	(tağyir)	(tağrir)
90	33/34	ifadesinikaybetmek"	ifadesini kaybetmiş
90	34/35	kaybetmiş unsuru elde edilememiş ve binaenaleyh beyi' akdi matlub olan etmiş olur	kaybetmiş olur.
90	35	bulâfzın	bu lâfzın
90	36	bey'	beyi'
91	3	Beyi'i	beyi'
93	5	zimmen	zımnen
93	8	lâfzın cümlenin	lâfzın, cümlenin
97	23	diğer şerikleri ile olan mukaveleleri "âm	"diğre şerikleri ile olan mukaveleleri" âm
102	27	göre:	göre;
103	7	tahsis	tahsisi
105	23	cektir Bu	cektir. Bu
108	15	nek. İcmaı Ümmet	nek, icmaı ümmet
109	1/2	nurî ilâhi	nuru ilâhî
116	17	göre, ise	göre ise,
117	5	şerhlerde	şerhlerle
117	12	sarih yani	sarih, yani
128	5	gakrimüslim	gayri müslim
128	5	birin	birini
139	4	taleptir. (Talebi Katı,)	taleptir (talebi kat'î)
141	4	Msal	Misal
142	6	ebdesti	abdesti
142	24	süm	süm-
146	32	şartlaki	şartla ki,
149	29	lâfızlarda	lâfızlar da

Sahife	Satır	Yanlış	Doğru
165	8	Ebû Hasenel-Eş'arî	Ebû-Hasan El-Eş'arî
169	24	İmâmı Ahmed Hanbele	İmamı Ahmed b. Hanbel'e
173	27	Kıyas Fukahaya	kıyası fukahaya
176	26	PEYGEMBERİN	PEYĞAMBERİN
192	12	edlmiş	edilmiş
192	12	şer'yi	şer'iyi
199	21	l'analoğie	l'analogie
200	3	Msal	Misal
200	36	icra	icar
204	4	siparis	sipariş
204	8	bulunma	bulunan
210	31	Terki	Terk
215	13	mevcud bu	mevcud bu-
217	24	Mesut	Mes'ud
219	19	hal meselei ameliyesi	hal ameliyesi
226	2	bu akta	bulunmakta
227	3	Vazı	Vazı'
228	7	gibi	gibi.
237	2	sarfe	sarfa
237	23	(ahkâmı vaz'iyye	(ahkâmı vaz'iyye)
240	34	etti"	etti."
253	17	İkınci şarta ise	Ikinci şart ise
253	17	olması,	olması.
269	28	bibrincisi	birincisi
295	16	Traflardan	Taraflardan
297	34	"meclis beyi"	"meclisi beyi' "
323	7	(ZÜ'FÜ'L-HAFIZA)	(ZA'FÜ'L-HAFIZA)
326	18	vasfın temadinin	vasfın, temadinin
354	25	iseler usulü	iseler, usulü
364	29	bulunan Ebû-Yusuf	bulunan İmamı Ebû-Yusuf